

LES USAGERS
DES
SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS
(Transports, Distributions d'Eau, de Gaz et d'Electricité)
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 mars 1933, à 14 heures

PAR

Pierre LA ROQUE

Auditeur au Conseil d'Etat
Lauréat des Facultés de Droit,
de l'Ecole libre des Sciences Politiques
et de l'Institut

Président : M. A. MESTRE professeur.

Suffragants.

} MM. Joseph BARTHÉLEMY, professeur.
LAFERRIÈRE, professeur.

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

1933

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver
les opinions émises dans les thèses, ces opinions
doivent être considérées comme propres à leurs
auteurs.*

LES USAGERS
DES
SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS
(Transports, Distributions d'Eau, de Gaz et d'Electricité)
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 mars 1933, à 14 heures

PAR

Pierre LAROQUE

Auditeur au Conseil d'Etat
Lauréat des Facultés de Droit,
de l'Ecole libre des Sciences Politiques
et de l'Institut

Président : M. A. MESTRE, professeur.

Suffragants.

*MM. Joseph BARTHÉLEMY, professeur.
LAFERRIÈRE, professeur.*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

1933



INTRODUCTION

A tout esprit cultivé l'exercice du pouvoir politique apparaît aujourd'hui beaucoup moins comme une prérogative génératrice de droits que comme une charge source d'obligations, une fonction conférée dans l'intérêt du public. Mais c'est là le terme d'une évolution d'idées au cours de laquelle des conceptions toutes différentes ont longtemps prévalu. Du heurt de la doctrine romaine de l'*imperium* droit propre et absolu de l'empereur et de la conception chrétienne du pouvoir dévolu par Dieu dans l'intérêt du peuple était en effet sortie au xv^e siècle la théorie du droit divin, dans laquelle l'emportait nettement l'influence romaine : le roi est titulaire en sa personne de la souveraineté et ne doit compte de ses actes qu'à Dieu. La considération de l'intérêt public comme fondement du pouvoir politique est aussi étrangère à cette conception de la souveraineté royale qu'elle le sera plus tard à celle de la souveraineté nationale, issue d'ailleurs d'une simple transposition de la doctrine régaliennne. Plus exactement elle est, dans l'un et l'autre cas, implicitement contenue dans la présomption d'infailibilité qui résulte de l'origine attribuée à la souveraineté : le roi tenant son droit de Dieu ne peut agir que pour le plus grand bien de tous ; les représentants du peuple expriment la volonté de la nation souveraine et, ainsi que le dit Rousseau¹ : « le souverain n'étant formé que des particuliers qui le composent n'a, ni ne peut avoir, d'intérêts contraires aux leurs ; par conséquent la puissance souveraine n'a nul besoin de garant envers les sujets parce qu'il est impossible que le corps veuille nuire à tous ses membres ». A partir de la Révolution française, aux droits de l'Etat s'opposent les droits de l'individu, mais il n'y a là qu'une

1. *Contrat Social*, livre I, chap. VII.
Laroque.

limite purement négative, et non un principe d'action positive.

Les défauts et les dangers de cette doctrine politique ont longtemps passé inaperçus parce que, dans l'ordre économique, prévalaient les enseignements de l'école libérale, limitant le rôle de l'Etat à ses fonctions essentielles. Qu'importait la toute-puissance des gouvernants, si l'Etat bornait son activité à la défense nationale, à la police et à la justice? Mais le système juridique traditionnel est apparu insuffisant du jour où l'Etat, ainsi d'ailleurs que les collectivités secondaires, ont dû intervenir dans des domaines nouveaux pour satisfaire à des besoins collectifs auxquels ils étaient seuls en mesure de pourvoir. La théorie de l'Etat puissance publique, de l'Etat souverain ne s'harmonise plus avec la conception d'un Etat entrepreneur de transports, de distribution de gaz ou d'électricité. Or ces activités nouvelles ont pris une importance sans cesse croissante. Des entreprises publiques se sont créées et développées, dont le fonctionnement continu est devenu indispensable à l'ordre social. Dans ces aspects nouveaux du rôle de l'Etat, les notions de souveraineté, de puissance publique s'effacent devant celles de fonction, de service public; les gouvernants ont le devoir de satisfaire à tous les besoins d'ordre collectif auxquels l'activité privée ne peut pourvoir suffisamment, et c'est dans ce devoir, dans cette obligation qu'apparaît aujourd'hui le fondement et la limite des prérogatives dont ils disposent. Leur mission est de « servir » au sens propre du mot, c'est-à-dire de pourvoir à tout moment et de la manière la plus complète aux besoins dont la satisfaction incombe aux collectivités publiques.

Parmi les différents aspects de cette mission, la gestion des services publics industriels et commerciaux se présente avec des caractères propres : d'une part elle se rapproche à bien des égards de la gestion d'entreprises privées et participe à la fois du droit public et du droit commun; d'autre part et surtout la considération du but poursuivi apparaît dans cette forme d'activité d'une manière particulièrement claire car le besoin collectif auquel il s'agit de pourvoir ne se ramène pas à une préoccupation générale plus ou moins imprécise, il est la somme de besoins individuels nettement définis : le service public industriel et

commercial est fait pour l'usager. La régime juridique du service public industriel et commercial, par les moyens qu'il donne à l'usager pour obtenir le fonctionnement du service à son profit, est la manifestation la plus nette de la tendance nouvelle à trouver le fondement et la limite des pouvoirs administratifs et politiques dans le but en vue duquel ils sont conférés. C'est à l'étude de ces moyens d'action de l'usager, à l'étude également de la situation de l'usager dans ses rapports avec cette entreprise mi-administrative mi-privée qu'est le service public industriel, que nous nous proposons de nous livrer. Mais il est auparavant nécessaire de déterminer exactement les données du problème en définissant d'une manière aussi précise que possible les notions de service public industriel et d'usager.

I. La notion de service public industriel et commercial

§ 1. LE SERVICE PUBLIC.

Toute activité d'une collectivité administrative n'est pas service public. Sans doute arrive-t-il fréquemment, en jurisprudence comme en doctrine, que l'on englobe sous le vocable « services publics » toutes les formes d'activité de l'Etat, du département, de la commune : mais cette terminologie n'a pas d'intérêt juridique car elle confond des activités soumises à des régimes de droit différents. Définir le service public c'est déterminer, parmi les services de l'Etat, des départements et des communes, lesquels doivent être et sont effectivement soumis à un régime de droit public et quel est le caractère commun qui explique et justifie l'application de ce régime.

La définition du service public se ramène donc à une distinction entre les différentes formes d'activité des collectivités administratives. D'un point de vue théorique et doctrinal, une telle distinction ne peut se faire que *d'après la nature des services*, c'est-à-dire d'après les besoins auxquels il s'agit de satisfaire. A cette préoccupation répond la traditionnelle distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, des fonctions essentielles et des fonctions accessoires de l'Etat. C'est une idée du même ordre qu'expriment les conclusions présentées par M. Matter devant

le Tribunal des Conflits dans l'affaire dite du « bac d'E-loka¹ » : « Il faut entendre par « service public » une or-
 « ganisation gérée par un organe de l'administration pu-
 « blique, en vue de l'accomplissement de la fonction ad-
 « ministrative de l'Etat. Ainsi ne seront services publics
 « que ceux organisés et exploités par l'Etat ou l'un de ses
 « démembrements en vue d'accomplir un acte normal
 « de sa fonction, pour atteindre son but naturel. Mais
 « l'Etat, comme toute administration, peut entreprendre
 « des services qui ne sont pas de son essence, qui pour-
 « raient être organisés par toute personne ou toute société...
 « Ainsi cette distinction s'impose : certains services sont
 « de la nature, de l'essence même de l'Etat ou de l'admi-
 « nistration publique... D'autres services, au contraire,
 « sont de nature privée, et, s'ils sont entrepris par l'Etat,
 « ce n'est qu'occasionnellement, accidentellement, parce
 « que nul particulier ne s'en est chargé, et qu'il importe
 « de les assurer dans un intérêt général ». Il n'y a donc
 pas lieu d'appliquer un régime de droit public et la compé-
 tence administrative est exclue « toutes les fois que l'Etat
 « ou l'un de ses démembrements agit dans l'intérêt de la
 « collectivité, mais en dehors de ses fonctions naturelles,
 « par des actes qui ne sont point, par essence, d'admi-
 « nistration. »

Cette doctrine, à laquelle M. Matter apporte tout le poids de son autorité, exprime, dans l'ordre juridique, les idées des économistes de l'école libérale : le rôle de l'Etat est essentiellement un rôle de police ; si, par la force des choses, les administrations sont appelées à intervenir dans l'ordre économique, il est bien entendu qu'il s'agit là d'interventions « occasionnelles, accidentelles » et qui restent en dehors de l'activité propre, naturelle de l'Etat. Et l'on est ainsi conduit à dénier, avec M. Matter, le caractère de services publics à l'exploitation d'un chemin de fer par l'Etat, d'un tramway par un département. Ce sont là « des actes d'une incontestable utilité pour la collec-
 « tivité, mais qui ne dérivent point d'une fonction néces-
 « saire de l'Etat. Un accident s'y produit, il n'a point de

1. Confl. 22 janv. 1921, *Colonie de la Côte d'Ivoire c. Société de l'Ouest Africain*, S. 1924.3.34, avec les concl. de M. Matter.

« relation directe avec un rouage essentiel de l'administration publique... mais avec un service de nature privée¹ ».

Cette conception paraît difficilement conciliable avec l'évolution contemporaine des idées et des mœurs que traduisent la législation et la jurisprudence. L'activité économique de l'Etat, des départements et des communes n'est guère moins essentielle aujourd'hui que leurs fonctions de police et de justice. Il est certain en tous cas que les règles du droit public leur sont également applicables. C'est aller à l'encontre des faits que de dénier aux chemins de fer le caractère de service public.

A notre sens est service public par nature toute activité exercée par une collectivité administrative, présentant un caractère de continuité nécessaire, et à laquelle ne peut pourvoir suffisamment l'initiative privée. Parmi les besoins collectifs des habitants de l'Etat, du département, de la commune, il en est dont la satisfaction, à un moment donné, apparaît avec un caractère de nécessité, toute défaillance devant non seulement préjudicier à quelques individus mais troubler plus ou moins gravement l'ordre social. La détermination de ces besoins comporte sans doute une part d'arbitraire : elle est fonction des circonstances ainsi que des tendances politiques, économiques, sociales, du législateur et du juge. Mais il n'y a pas là de quoi surprendre : comment pourrait-il en être autrement alors que le droit « est avant tout une création psychologique de la société, déterminée par des besoins d'ordre matériel, intellectuel et moral² » ? Lorsque l'initiative privée ne peut pourvoir suffisamment à ces besoins dont la satisfaction continue apparaît nécessaire, l'Etat, le département, la commune, ont la possibilité et même l'obligation, au moins morale, d'intervenir : il y a service public, justifiant l'emploi de procédés exorbitants du droit commun, l'application d'un régime de droit public³.

1. Cf. dans le même sens, Laferrière, *Traité de la Juridiction administrative*, 2^e éd., t. II, p. 191 : « Si l'exploitation d'un chemin de fer est un service d'intérêt général, elle n'est du moins pas un service public dans le sens juridique du mot... »

2. Duguit, *Les transformations du droit public*, p. 45.

3. Cf. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. II, p. 54 : « La notion fondamentale, qui est au fond de tout service public, est celle d'une obligation juridique s'imposant aux gouvernants d'assurer l'accomplissement ininterrompu d'une certaine forme d'activité, qui est

Cette définition est-elle très éloignée de la conception que nous avons écartée, d'après laquelle toute activité d'une collectivité administrative est service public? N'est-il pas permis de penser que l'Etat, le département, la commune, ne peuvent légalement entreprendre que des services auxquels l'initiative privée est incapable de pourvoir et présentant ce caractère de continuité nécessaire où nous avons vu le critérium du service public? Cette proposition est entièrement vraie, en l'état actuel de la jurisprudence, pour les collectivités secondaires, départements, communes, colonies, car le Conseil d'Etat regarde comme illégale toute activité de ces collectivités ne répondant pas à la définition du service public. Il réprime toute tentative de créer des services industriels et commerciaux excédant le cadre de cette définition, par exemple faisant concurrence au commerce privé, serait ce même pour lutter contre la vie chère¹. Mais, en admettant que cette jurisprudence restrictive, certainement dépassée par l'évolution des idées, soit maintenue quelque temps encore, il n'en demeure pas moins que l'Etat gère des exploitations industrielles ou commerciales qui, en l'état actuel des mœurs, ne peuvent être regardées comme des services publics : telles par exemple les régies des potasses d'Alsace et des mines de la Sarre.

Au surplus la définition proposée du service public n'est pas entièrement satisfaisante parce qu'elle ne fait

d'une importance capitale pour la vie sociale. » Le service public est « toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et « contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette « activité est indispensable à la réalisation et au développement de « l'interdépendance sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut « être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante ». — Cf. également la définition proposée par M. Mestre (note S. 1922.2.89) : « Il y aura service public toutes les fois que la puissance publique apparait « tra comme engagée dans une opération administrative, toutes les fois « par suite que les particuliers seront susceptibles d'être grevés de charges « dépassant le droit commun. »

1. Par deux arrêts du 30 mai 1930, *Syndicat professionnel des épiciers en détail et Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers* (S. 1931.3.73, avec les concl. de M. Josse et la note de M. Alibert), le Conseil d'Etat a interprété le décret du 28 décembre 1926, sur les régies municipales, comme ne modifiant pas la jurisprudence antérieure sur la capacité des communes de créer des services industriels. Cette interprétation, certainement contraire à l'intention des auteurs du texte, était nécessaire pour valider le décret, qui, s'il avait eu une portée plus large, aurait dû être annulé comme excédant les limites de la délégation donnée au gouvernement par la loi du 3 août 1926.

état que de la *nature* du service. Il n'est pas rigoureusement exact de dire qu'il y a service public toutes les fois qu'une collectivité administrative pourvoit à un besoin dont la satisfaction présente un caractère de continuité nécessaire et ne peut être assurée par l'initiative privée. En pareil cas, à la vérité, il y a seulement possibilité de service public, *service public virtuel*. Pour que ce service public virtuel devienne un service public réel, il faut un élément de plus, il faut que la satisfaction du besoin auquel il s'agit de pourvoir soit assurée par des *procédés de droit public*. Ce qui caractérise le service public, d'après la jurisprudence, c'est en effet moins la nature du service que ses règles de gestion. C'est ce que l'on exprime en disant que « la notion du service public est une notion en quelque sorte subjective; elle dépend, pour la plus grande part, de l'intention de l'autorité chargée d'organiser le service », et cette intention se reconnaît « aux mesures prises par l'autorité chargée des intérêts collectifs en cause, pour assurer la création du service indispensable aux membres de la collectivité, pour en assurer la durée, pour en réglementer le fonctionnement¹ ». D'une manière très générale, c'est à ces considérations, c'est à l'intention de l'administration interprétée d'après les règles de gestion adoptées, que s'arrête le juge pour décider s'il y a ou non service public. Mais l'examen des conditions de fonctionnement du service présuppose celui de la nature du service, car l'emploi des procédés du droit public ne se conçoit que pour les services susceptibles, à raison de leur but et de l'insuffisance des activités privées, d'être érigés en services publics. La gestion de tels services peut être assurée par les procédés du droit privé, mais la gestion de services ne présentant pas ces caractères ne saurait être assurée par les procédés du droit public. L'option entre le régime du droit privé et le régime du droit public, n'existe que pour ce que nous avons appelé le service public virtuel. Tout autre service est nécessairement soumis aux règles du droit privé².

1. Concl. de M. Corneille, sous Conseil d'Etat, 7 avril 1916, *Astruc et Soc. du théâtre des Champs-Élysées c. Ville de Paris*, S. 1916.3.49, avec la note de M. Hauriou.

2. Cf. en ce sens Delvolvé, note au S. 1932.3.97.

Sous le bénéfice de ces observations, quels sont ces procédés du droit public dont l'emploi, d'après la jurisprudence, caractérise le service public ? Le droit public est, par définition même, un droit d'inégalité, qui reconnaît aux collectivités administratives des privilèges justifiés par l'intérêt public que présente le fonctionnement continu de leurs entreprises. Le procédé de droit public sera donc tout mode de gestion impliquant pour la collectivité administrative ou ceux qu'elle se substitue des prérogatives exorbitantes du droit commun. Ces prérogatives se ramènent très généralement, en dernière analyse, à l'exercice d'une certaine contrainte. Si l'on fait abstraction des services traditionnellement qualifiés d'essentiels, police, défense nationale, justice, qui comportent par eux-mêmes l'emploi de la force, cette contrainte peut apparaître sous les aspects les plus divers. C'est le caractère obligatoire du service¹, c'est le monopole de droit ou de fait sous toutes ses formes, c'est la possibilité d'imposer aux tiers certaines sujétions, réquisition, expropriation, servitudes, taxes, c'est la limitation de fait des droits du public qui résulte de l'usage privatif de la voie publique. D'une manière plus générale doit être regardé comme service public quant à son mode de gestion tout service dont les frais sont couverts par l'impôt, soit indirectement par les ressources générales du budget, soit directement par un impôt frappant uniquement les bénéficiaires du service. Partout où l'un de ces éléments ou un élément du même ordre se retrouve il y a service soumis à un régime de droit public.

Mais du fait même que le régime juridique applicable se détermine d'après les procédés de gestion employés, l'on conçoit qu'un même service puisse apparaître sous certains aspects comme soumis au droit public et sous d'au-

1. Le Conseil d'Etat a été amené à décider qu'un même service, présentant incontestablement, à raison des circonstances, le caractère de service public par nature — l'assurance maritime contre les risques de guerre — était ou non soumis à un régime de droit public suivant ses règles de gestion. Tel qu'il était organisé par les décrets des 11 et 13 août 1914 ratifiés par la loi du 10 avril 1915, ceux-ci ne prévoyant aucune disposition exorbitante du droit commun, ce service restait soumis aux règles du droit privé. Au contraire, la loi du 19 avril 1917 a prévu de nouvelles modalités de fonctionnement du service et a notamment rendu obligatoire l'assurance des navires contre les risques de guerre ; de ce fait le service devait être régi par les règles du droit public (Conseil d'Etat, 23 déc. 1921, *Société Générale d'armement*, 23 mai 1924, *Société « Les affréteurs Réunis »*, S. 1926.3.10, avec les concl. de M. Rivet)

tres comme soumis au droit privé. Rien n'oblige en effet l'administration à adopter à titre exclusif des procédés du droit public ou des procédés du droit privé pour l'ensemble des relations auxquelles peut donner lieu la gestion d'un même service.

Vis-à-vis des usagers, du personnel, des fournisseurs, le service peut apparaître sous des aspects différents. Tel service dont les agents ont nettement la qualité de fonctionnaires se trouvera avec ses usagers dans des rapports de pur droit privé. Tel autre dont les relations avec les usagers, le personnel, les fournisseurs relèvent du droit privé usera de l'expropriation pour se procurer les terrains nécessaires à son fonctionnement, et bénéficiera de toutes les prérogatives des travaux publics. Un même service passera avec ses fournisseurs tantôt des contrats de droit privé, tantôt des contrats de droit public. Ainsi paraît bien limité l'intérêt d'une définition du service public fondée sur le procédé employé. Pour déterminer, dans un cas donné, s'il convient d'appliquer le régime du droit public ou le régime du droit privé, il faut en définitive analyser la nature des relations dont il s'agit, il faut rechercher si l'acte dont l'application est demandée est en quelque sorte « nuancé de service public ». Le développement même de l'intervention de l'Etat dans des domaines auparavant réservés à l'initiative privée multiplie ces services participant à la fois du droit public et du droit privé. La notion de service public en tant qu'entreprise publique, soumise à un régime de droit public perd, par suite, beaucoup de son importance, et l'intérêt se concentre autour du service public virtuel, d'une part, c'est-à-dire de l'activité dont le but justifie l'emploi des procédés du droit public, et, d'autre part, des différentes relations qui peuvent s'établir entre ce service et les clientèles d'usagers, d'agents, de fournisseurs, qui gravitent autour de lui.

§ 2. LE SERVICE PUBLIC INDUSTRIEL OU COMMERCIAL.

Les conclusions auxquelles nous a conduit l'étude de la notion de service public paraissent rendre inutile et arbitraire toute tentative de classification des services. Si dès lors nous parlons de services publics industriels et commer-

ciaux, c'est moins dans un souci de discrimination doctrinale que parcequ'il y a là un moyen commode de grouper sous un même vocable des services présentant des caractères communs, des services dont les relations avec les usagers, les agents, les fournisseurs s'organisent suivant les mêmes principes.

Dans le service public industriel et commercial, il y a d'abord un service public : il y a toujours ce que nous avons appelé le service public virtuel et il y a presque toujours en sus emploi de certains procédés de droit public. Il y a toujours service public virtuel, c'est-à-dire continuité nécessaire et insuffisance de l'initiative privée : si ces caractères ne se retrouvaient pas, l'on serait dans le domaine exclusif du droit privé. Dans les développements qui suivront, il ne sera jamais question que d'activités des collectivités administratives présentant sous ce rapport le caractère de services publics. De plus, dans la plupart des cas, ces activités s'organisent, au moins sous certains de leurs aspects, dans le cadre du droit public : elles bénéficient d'un monopole de fait, de la faculté d'exproprier, de la perception de taxes, parfois même de la contrainte pénale. Mais ce n'est pas là un élément essentiel du service public industriel et commercial, et l'on peut concevoir un tel service n'employant aucun procédé de droit public.

Les services publics que nous groupons sous la dénomination de services industriels et commerciaux se caractérisent par leur objet et leur organisation interne d'une part, les relations juridiques qu'ils entretiennent avec les tiers, d'autre part. Ils ont pour objet une activité commerciale par sa nature¹; qu'il s'agisse de transports, de manufacture, d'assurances, nous sommes toujours en présence d'une entreprise présentant au regard du Code de commerce un caractère commercial². Sans doute refuse-t-on en général

1. Il convient d'observer que la jurisprudence a vu longtemps dans les services de distribution d'eau des entreprises non commerciales mais civiles (Cass. Civ., 26 fév. 1878, *Compagnie générale des Eaux c. Thébaux et autres*, S. 1880.1.167; Picard, *Traité des Eaux*, t. IV, p. 425 et s.). Mais le caractère commercial étant aujourd'hui toujours reconnu aux entreprises et concessions de travaux publics (Cass. Civ., 3 fév. 1902, *Berry c. Beldant*, S. 1902.1.72) cette jurisprudence a perdu toute portée.

2. Les monopoles fiscaux n'ont pas à nos yeux le caractère de services industriels et commerciaux, car l'aspect commercial de l'entreprise n'est chez eux qu'accessoire au regard du but fiscal des services. De plus, et par là même, il n'y a aucune relation entre les recettes et les dépenses du service.

de voir une activité commerciale là où il n'y a pas de but spéculatif, mais si les collectivités administratives ne peuvent, par définition même, poursuivre un tel but dans la gestion d'un service public, à tout le moins doit-on réserver le vocable de services commerciaux aux services dont l'activité fournit des ressources en rapport avec les dépenses qu'elle nécessite. Un service public dont les frais sont principalement couverts par l'impôt ne peut être regardé comme commercial. Un service public industriel et commercial doit pouvoir, au moins théoriquement, réaliser des bénéfices¹. Et c'est précisément parce qu'il comporte une possibilité de bénéfices que tout service public industriel est susceptible d'être concédé. Activité commerciale par nature, dépenses couvertes au moins en majeure partie par les ressources propres du service, possibilité de bénéfices, possibilité de concession, tels sont à nos yeux les quatre éléments qui caractérisent, quant à leur organisation interne, les services publics industriels et commerciaux.

Mais des services publics n'ont, selon nous, complètement ce caractère que si l'intention de l'administration se manifeste encore dans le mode d'organisation des relations qui s'établissent entre le service et les tiers : il faut que dans ces relations ou tout au moins dans celles d'entre elles dont l'établissement correspond au but même du service, celui-ci se comporte comme un entrepreneur ordinaire. Parmi les relations juridiques, auxquelles donne lieu le fonctionnement d'un service, il se peut, nous l'avons indiqué, que les unes soient soumises à des règles exorbitantes du droit commun, alors que les autres sont analogues à celles qui s'établiraient entre particuliers. Il importe peu, pour la détermination du caractère commercial du service, que des procédés du droit public soient employés dans les relations qui sont de simples moyens en vue de la réalisation de l'objet du service, par exemple dans les rapports avec le personnel ou avec les fournisseurs. Mais le service a pour but même l'établissement de certaines relations : avec le voyageur ou l'expéditeur, s'il s'agit d'un service de

1. Une commune exploitant une usine de distribution d'énergie électrique est de ce fait imposable à la patente dès lors que « l'exploitation est faite dans des conditions qui n'excluent pas pour elle la possibilité de bénéfices » (Conseil d'Etat, 3 février 1911, *Commune du Mesle-sur-Sarthe*, Rec., p. 137, avec les concl. de M. Blum).

transport, avec l'assuré, s'il s'agit d'un service d'assurances, avec le consommateur, s'il s'agit d'un service de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité. Il n'y a service industriel ou commercial que si, dans ces relations, le service se présente sensiblement comme un entrepreneur ordinaire, n'impose pas des sujétions excédant celles que pourrait contenir un contrat conclu par un industriel ou un commerçant gérant pour son compte une entreprise du même ordre. Ainsi un service public d'assurances géré par l'Etat aura le caractère de service public commercial si l'Etat offre ses services dans les mêmes conditions que le ferait une compagnie privée. Si au contraire l'assurance est obligatoire, si l'Etat se réserve des prérogatives exorbitantes du droit commun, dans la détermination de la valeur assurée, du montant à rembourser, etc., il n'y a plus alors service commercial¹.

En raison de l'extrême variété des services gérés par les collectivités publiques, les caractères que nous venons de dégager ne se rencontreront pas d'une manière également nette et complète dans tous ces services. Nous ne nous proposons pas de donner une énumération des services publics industriels et commerciaux, mais seulement de rechercher, dans quelques cas particuliers, pris à titre d'exemples, si les caractères distinctifs de ces services se retrouvent.

En premier lieu, le service des Postes, Télégraphes et Téléphones est-il un service public industriel et commercial ? C'est pour lui que la question est actuellement la

1. C'est toute l'histoire du service public d'assurance maritime contre les risques de guerre (v. *supra*, p. 8, n. 1). Voici les termes de l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 mai 1924, *Soc. « Les affréteurs réunis »* (S. 1926.3.10) : « Considérant que la loi du 19 avril 1917 a, dans l'intérêt du ravitaillement national, et pour parer aux difficultés de la guerre, transformé les conditions juridiques dans lesquelles fonctionnait, sous l'empire de la législation antérieure, le service public d'assurances maritimes, d'une part, « en rendant obligatoire l'assurance des navires contre les risques de guerre, « d'autre part, en édictant certaines dispositions qui différencient désormais nettement le mode de fonctionnement de ce service public de celui des entreprises d'assurances privées, notamment en donnant au ministre des Travaux Publics le pouvoir de déterminer la valeur assurée, sur laquelle porte la garantie de l'Etat, sans que l'intéressé puisse en contester l'exactitude, et en décidant que la valeur assurée ne sera payée, en cas de perte, que jusqu'à concurrence de 75 %, le complément de 25 % ne devant être versé qu'après emploi du montant de l'assurance dans l'achat ou la mise en chantier d'un autre navire agréé par le ministre de la Marine; « que, dans ces conditions, les contrats passés avec l'Etat, par application de la dite loi du 19 avril 1917, présentent le caractère de véritables contrats administratifs... »

plus douteuse. Tant que ce service n'a eu aucune autonomie financière, tant que ses recettes et ses dépenses ont été confondues dans le budget de l'Etat sans relation entre elles, et bien que l'objet de son activité fût certainement commercial, le caractère administratif n'en était guère contestable. Mais aujourd'hui le budget des Postes forme un budget annexe au budget de l'Etat, une corrélation est établie entre les recettes et les dépenses, la comptabilité même a pris une forme commerciale, des bénéfices peuvent être réalisés, et rien ne s'opposerait, en droit, à la concession de tout ou partie du service : le service des téléphones n'a-t-il pas d'ailleurs été jadis concédé ? Par contre les agents du service des Postes sont des fonctionnaires et ses contrats sont soumis au régime de tous les contrats de l'Etat. Mais il est assez difficile de déterminer — et c'est le point essentiel — le caractère des relations qui s'établissent entre ce service et ses usagers. L'administration des Postes bénéficie en effet au moins pour certains aspects de son activité d'un monopole de droit, et d'autre part l'irresponsabilité dont elle jouit à bien des égards ne se concevrait guère dans des relations entre particuliers. Y a-t-il là des prérogatives à ce point exorbitantes du droit commun que les relations entre administration des Postes et usagers échappent au droit privé ? Après hésitation, nous ne le croyons pas. Les monopoles de ce service n'englobent en effet qu'une partie de son activité, et, d'autre part, son irresponsabilité n'est, dans une large mesure, que la contrepartie des avantages exceptionnels dont bénéficient les usagers. Nous serions donc porté à penser que l'administration des Postes ne se comporte pas, dans ses relations avec les usagers, relations qui sont la fin même de son activité, d'une manière sensiblement différente d'un entrepreneur ordinaire, et présente donc le caractère d'un service public commercial. Toutefois, la jurisprudence est actuellement en sens contraire, et, lorsqu'une loi n'en dispose pas autrement, elle soumet les relations entre ce service et les usagers au droit public et à la compétence administrative¹.

Doivent être regardés, selon nous, comme des services publics commerciaux la Caisse nationale des retraites pour

1. V. sur tous ces points : Ricard, *Droit et jurisprudence en matière de Postes, Télégraphes et Téléphones*. Nous ne pouvons insister sur cette question qui exigerait d'amples développements.

la vieillesse, ainsi que les Caisses nationales d'assurance en cas de décès et en cas d'accident. Ce sont là des services publics, car leur but est de favoriser la petite épargne en mettant à sa portée des institutions d'assurances fonctionnant à des conditions moins onéreuses que les Compagnies privées : il s'agit donc bien de suppléer à une défaillance de l'initiative privée. Mais ce sont des services publics industriels et commerciaux car, s'ils utilisent le concours des agents de la Caisse des dépôts et consignations, qui sont des fonctionnaires, et celui des comptables du Trésor, ils se comportent dans leurs relations avec les assurés exactement comme des compagnies privées.

Enfin, et ce sont là les exemples les plus classiques de services industriels et commerciaux, ont le caractère de tels services tous les services publics de transports (chemins de fer, tramways, transports automobiles, transports aériens) ainsi que les services de distribution d'eau, de gaz, d'électricité. C'est à leur occasion que s'est formée la jurisprudence en la matière et c'est d'eux seuls que nous ferons état dans nos développements ultérieurs, étant entendu que les principes dégagés à leur propos vaudront pour tous les services présentant les caractères généraux précédemment définis.

II. La notion d'usager du service public industriel ou commercial.

L'usager d'un service public industriel et commercial est celui pour qui le service a été créé et fonctionne. La même définition vaut d'ailleurs pour l'usager de tout service public quel qu'en soit le caractère. Peut-être y a-t-il seulement un lien plus étroit, s'agissant d'un service industriel, entre le but du service et la satisfaction de l'usager. Pour les services non commerciaux en effet, l'usager apparaît souvent moins comme un but que comme un moyen en vue d'assurer une fin plus élevée : pour prendre un cas extrême, pourrait-on prétendre sans ironie que la justice pénale a pour but la satisfaction des justiciables ? A un degré différent, le service public de l'enseignement a été créé et fonctionne assurément au profit des enfants ou jeunes gens qu'il s'agit d'instruire, mais surtout dans un but social,

qui se manifeste notamment par la collation des grades et par l'élimination des incapables. Sans doute les services industriels et commerciaux répondent-ils, eux aussi, à une préoccupation générale, qui est d'assurer la prospérité économique et le bien-être matériel de la collectivité, mais ce but se confond avec la satisfaction la plus complète des besoins individuels : l'usager apparaît donc bien ici comme une fin.

Et c'est aussi ce qui distingue l'usager du client d'une entreprise commerciale qui peut même être un service public. Nous considérons, bien que cela ait été contesté, la Manufacture de Sèvres comme un service public, à raison du but esthétique auquel elle répond. Elle est un service public industriel et commercial, mais elle n'a pas d'usagers, elle n'a que des clients. En effet le but du service public est non la satisfaction des acquéreurs éventuels d'objets d'art fabriqués par la Manufacture mais bien cette fabrication elle-même et l'augmentation du patrimoine esthétique du pays. L'usager au contraire est celui dont la satisfaction est l'objet même du service.

Bénéficiaire et fin du service, l'usager pourra non seulement exercer un contrôle sur l'organisation générale du service, mais encore en exiger le fonctionnement à son profit : il a un *droit au service*.

D'autre part en vue d'assurer les prestations du service, des relations s'établiront entre celui-ci et l'usager, relations dominées par le double souci de satisfaire aux besoins actuels de l'usager et de ne pas compromettre la continuité nécessaire du service public. Cet ensemble de relations forme ce que nous appellerons *l'usage du service*.

Droit au service, usage du service, tels sont donc les deux aspects de la situation de l'usager du service public industriel et commercial, les deux phases successives de sa vie d'usager. l'une précédant, l'autre suivant l'acte juridique qui, transformant l'usager éventuel ou candidat à l'usage en usager tout court, assure par là même le fonctionnement du service conformément à sa fin.

C'est autour de ces deux chefs : droit au service, usage du service, que nous ordonnerons nos développements, après avoir au préalable précisé le caractère juridique des textes et actes qui régissent l'organisation et le fonctionnement du service public industriel et commercial.

TITRE PRÉLIMINAIRE

Des textes et actes régissant l'organisation et le fonctionnement du service public industriel et commercial.

Toute une série de textes et d'actes interviennent pour fixer les règles d'organisation et de fonctionnement des services publics industriels et commerciaux, et ces textes, ces actes se présentent sous des aspects divers, variant suivant qu'il s'agit d'un service d'Etat, d'un service départemental ou d'un service municipal, d'un service exploité en régie ou d'un service concédé, et même suivant la nature du service. Malgré cette variété, il est possible de distinguer dans tous les services :

1^o Un acte décidant la création du service et déterminant suivant quelle modalité — régie ou concession — il sera exploité : c'est généralement une loi pour un service d'Etat, c'est une délibération du conseil général ou du conseil municipal, soumise à l'approbation de l'autorité de tutelle, s'il s'agit d'un service départemental ou communal;

2^o Un, et, plus généralement, plusieurs actes fixant les règles d'exécution du service. De ces actes, les uns sont des règlements communs à tout un ensemble de services, tels le décret-loi du 28 décembre 1926 et le règlement d'administration publique du 17 février 1930 sur les régies municipales; les autres, au contraire, sont propres à un service déterminé, qu'ils prennent la forme du règlement d'une régie ou du cahier des charges d'une concession, mais, même en ce dernier cas, règlement ou cahier des charges se bornent souvent à reproduire un règlement-type ou un cahier des charges-type établis pour tous les services de même nature. A ces actes qui présentent le caractère com-

mun d'édicter des dispositions générales et d'émaner unilatéralement de l'autorité administrative, se superpose dans le cas de service concédé, un acte d'aspect tout différent : l'acte de concession lui-même, convention conclue entre la collectivité administrative et le particulier ou la société qu'elle se substitue pour l'exécution du service.

Quel est donc le caractère de ces différents actes et textes en tant qu'ils déterminent la situation de l'utilisateur du service? Quelle en est la nature juridique lorsque le service est exploité en régie? Dans quelle mesure cette nature juridique se trouve-t-elle modifiée du fait que le service est concédé? Enfin quelles conséquences en résultera-t-il quant au caractère de la redevance au paiement de laquelle est subordonné le fonctionnement du service? Telles sont les questions qu'il importe de résoudre au seuil de cette étude, car elles dominent manifestement toute la situation juridique des usagers des services publics industriels.

Section I. — Caractères juridiques des textes régissant la situation de l'utilisateur du service public industriel et commercial.

Les droits de l'utilisateur trouvent toujours leur fondement dans l'acte qui crée le service et en définit l'objet. La nature juridique de cet acte n'est pas douteuse : hormis le cas où il prend la forme d'une loi, c'est un acte administratif réglementaire, avec toutes les conséquences qui s'y attachent.

Les hésitations ne peuvent exister qu'à l'égard des textes qui déterminent les modalités particulières de la situation de l'utilisateur, car ces textes ne prendront une portée pratique que du moment où l'utilisateur aura demandé à bénéficier du service. Jusque-là que sont donc ces textes? Ont-ils même une existence juridique? La question ne se pose pas dans les mêmes termes lorsque le service est exploité en régie et lorsqu'il est concédé, car, dans ce dernier cas, les textes définissant la situation de l'utilisateur sont à tout le moins un élément des relations contractuelles entre le concédant et le concessionnaire.

§ 1. SERVICE PUBLIC INDUSTRIEL EXPLOITÉ EN RÉGIE.

Dans le cas de service exploité en régie, l'essentiel des règles définissant la situation de l'utilisateur est contenu dans le règlement — appelé parfois cahier des charges — de la régie. A première vue ce règlement apparaît comme contenant simplement l'énoncé des conditions auxquelles devra se référer l'accord entre le service et l'utilisateur lorsque ce dernier demandera le bénéfice du service. On pourrait donc être tenté d'y voir des clauses à insérer dans des contrats éventuels, mais sans valeur juridique actuelle. Telle paraît bien avoir été pendant longtemps la tendance de la jurisprudence¹.

Mais cette interprétation, aujourd'hui abandonnée, était certainement erronée. Si, en effet, les dispositions du règlement de la régie ne prennent de valeur juridique précise au regard de l'utilisateur qu'au moment où celui-ci demande le bénéfice du service, il n'en demeure pas moins que ce règlement définit les règles générales du fonctionnement du service et s'impose d'une manière permanente aux agents chargés d'assurer ce fonctionnement. Règle générale et permanente émanant d'une autorité administrative, n'est-ce pas la définition même du règlement administratif?

Au surplus, si l'on veut bien y réfléchir, il n'y a pas de différence sensible, même au regard de l'utilisateur, entre le règlement d'une régie et tout autre règlement administratif. Les dispositions du règlement de la régie ne prennent de valeur, dit-on, que du moment où l'utilisateur demandera à bénéficier du service. Mais il en va ainsi de tout règlement : le statut d'un corps de fonctionnaires ne prend de valeur au regard d'un agent déterminé que du moment où celui-ci entre dans le service; un règlement municipal sur la police de la circulation n'a d'effet juridique qu'à l'égard de personnes usant de la voie publique, et les exemples pourraient être indéfiniment multipliés. Aussi bien la jurisprudence

1. Cf. notamment : *Conflits*, 14 mars 1914, *Vianès c. commune de Sorgues*, *Rec.*, p. 357. Cet arrêt paraît bien refuser de voir un règlement administratif dans le règlement d'une régie municipale de distribution d'eau, parce « qu'en effet les dispositions du règlement municipal du 30 mars 1849 » constituent simplement l'énoncé des conditions générales auxquelles « doivent se référer les traités relatifs aux concessions particulières ».

reconnait-elle aujourd'hui d'une manière constante le caractère de règlement administratif au règlement d'une régie, alors même qu'il s'agirait de dispositions définissant uniquement la situation d'usagers éventuels, ou, ce qui est encore plus net, la situation d'agents soumis à un régime de droit privé¹.

§ 2. SERVICE PUBLIC INDUSTRIEL CONCÉDÉ.

Les textes qui régissent le fonctionnement d'une régie, même multiples, ont le même aspect juridique : ce sont des règlements administratifs. Beaucoup plus complexes apparaissent les textes qui définissent la situation de l'usager d'un service concédé : ils comportent en effet le plus souvent tout d'abord un cahier des charges fixant, préalablement à la concession, les conditions auxquelles celle-ci sera conclue ; en second lieu l'acte de concession lui-même avec ses accessoires et les avenants qui ont pu le modifier après coup, enfin dans la plupart des cas des mesures d'exécution, des actes pris pour fixer les modalités d'application du cahier des charges et de la concession, par exemple le taux des redevances supportées par les usagers. Bien qu'en pratique ces différents actes soient étroitement mêlés, nous les distinguerons pour la clarté de l'exposition.

A. Le cahier des charges

L'on n'envisage en général le cahier des charges que comme un élément de la concession : tel en est bien en effet le caractère essentiel. Mais le cahier des charges préexiste à la concession, et il est permis de se demander si, dès avant l'intervention de cette dernière, il n'a pas une valeur juridique. Fréquemment, sans doute, le texte définitif du cahier des charges n'est arrêté qu'au moment de la conclusion de l'acte de concession, et après discussion avec le concessionnaire éventuel, mais même en ce cas le cahier des charges existait en puissance préalablement

1. Conseil d'Etat, 24 mars 1922, *Favatier*, Rec., p. 263 (dispositions du règlement d'une régie de distribution d'eau relatives aux rapports avec les usagers); — 7 février 1930, *Dumoulin*, Rec., p. 147 (statut du personnel d'une régie municipale de distribution de gaz et d'électricité).

sous la forme d'un des cahiers des charges types prévus aujourd'hui pour toutes les catégories importantes de services susceptibles d'être concédés.

Quel est donc en droit le caractère du cahier des charges type ou, si l'administration l'arrête préalablement à la concession, du cahier des charges propre à celle-ci? Le premier a l'apparence d'un simple modèle, d'un simple énoncé des clauses que devront contenir—et encore toutes ne sont-elles pas obligatoires—les contrats de concession à intervenir; le second a l'allure d'une offre de contracter : c'est l'exposé par l'autorité concédante des conditions auxquelles elle est disposée à traiter avec les concessionnaires éventuels. S'il en est ainsi, ces différents actes n'ont qu'une portée juridique bien limitée : le cahier des charges type n'a de valeur que dans les rapports entre l'Etat et les collectivités secondaires comme manifestation de l'exercice du pouvoir de tutelle, le cahier des charges propre à une concession n'a que les effets reconnus de droit commun aux offres de contracter¹.

Mais cette analyse du cahier des charges nous paraît inexacte. A notre sens, cahier des charges type et cahier des charges propre à une concession ont, dans toutes leurs dispositions, le caractère d'actes réglementaires. Ils fixent, en effet, des règles générales et permanentes s'imposant aux agents des collectivités publiques intéressées : le cahier des charges type des concessions d'un service d'Etat s'impose impérativement à tous les agents de l'Etat pour la concession éventuelle du service dont il s'agit; à l'égard des collectivités locales, le cahier des charges type s'impose de la même façon, quoiqu'avec moins de force, car une partie de ses clauses n'a pas un caractère strictement obligatoire. D'ailleurs, les décrets Millerand du 10 août 1899 étaient-ils autre chose que des éléments de cahiers des charges types? Et cependant, malgré le caractère entièrement facultatif de ceux de ces décrets concernant les collectivités locales, peut-on contester leur nature régle-

1. Telle est la solution qui résulte par analogie d'un arrêt du Conseil d'Etat du 21 mars 1890, *Chambre syndicale des entrepreneurs de la Ville de Paris et sieurs Bougaux et autres*, Rec., p. 317, avec les concl. de M. Levavasseur de Précourt. Il s'agissait en l'espèce du cahier des charges d'une adjudication de travaux publics mais les principes sont les mêmes pour celui d'une concession. Cette solution ne nous paraît plus correspondre à l'état actuel de la jurisprudence.

mentaire ? Quant au cahier des charges arrêté en vue d'une concession déterminée, il présente le même caractère car il fixe des règles générales s'imposant aux agents de la collectivité intéressée. Sans doute n'est-il établi que pour la conclusion d'un acte déterminé, mais il paraît difficile de lui attribuer une nature différente suivant que l'autorité concédante ait décidé la conclusion d'un ou de plusieurs actes sur la base du même texte. Dans tous les cas le cahier des charges présente la même force obligatoire pour les agents de la collectivité, et l'on ne saurait y voir une simple instruction d'ordre intérieur, exercice du pouvoir hiérarchique, car il fait d'ores et déjà grief aux tiers, ne serait-ce qu'aux concessionnaires éventuels et aux usagers du service à concéder; l'organisation du service les intéresse tous à des titres différents.

Et il n'y a pas de distinction à faire, à cet égard, entre les stipulations du cahier des charges. Toutes ont la même valeur réglementaire, qu'elles déterminent les rapports financiers éventuels entre le concédant et le concessionnaire, ou qu'elles fixent les droits et obligations des usagers. En effet pour les agents de la collectivité administrative chargés de la conclusion du contrat de concession, rien ne saurait justifier une distinction entre les clauses du cahier des charges. Et il en va de même à l'égard des tiers tant qu'aucun lien direct ne s'est établi entre eux et le service.

Il ne semble pas qu'aucune décision de jurisprudence ait eu l'occasion de se prononcer à l'époque récente sur la nature juridique du cahier des charges avant la conclusion du contrat de concession. Mais le Conseil d'Etat paraît bien avoir reconnu le caractère réglementaire d'une modification à un cahier des charges en cours de concession : un arrêté du Préfet de la Seine avait subordonné la conclusion des polices d'abonnement au gaz à des conditions non prévues au cahier des charges; le Conseil d'Etat a déclaré des propriétaires parisiens recevables à attaquer cet arrêté par la voie du recours pour excès de pouvoir, par le motif que « tout propriétaire qui voudra s'assurer ou assurer aux » locataires de son immeuble la possibilité de faire usage » du gaz, dont la fourniture constitue un service public, » *devra nécessairement* traiter avec la Société du Gaz de » Paris et, pour cela *se soumettre aux conditions de l'arrêté*

» *attaqué*¹ ». Les mêmes motifs justifieraient la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir contre un cahier des charges type ou un cahier des charges préexistant à une concession. Si ceux-ci sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir, c'est donc bien qu'ils ont un caractère réglementaire.

B. *L'acte de concession.*

Quelle que soit sa valeur juridique, le cahier des charges ne prend une efficacité quant à l'organisation et au fonctionnement du service que par l'acte de concession. Qu'est-ce donc exactement que cet acte et dans quelle mesure modifie-t-il le caractère juridique des règles d'organisation du service définies par le cahier des charges ?

De très nombreux systèmes ont été proposés pour définir la nature de la concession de service public, y faisant une place plus ou moins large à la notion de contrat. Nous n'avons pas l'intention d'en faire un examen complet, mais seulement d'indiquer autour de quelles idées se groupent les conceptions proposées, et quelles conséquences elles entraînent quant à la nature des règles fixant la situation des usagers.

Il est d'abord possible, excluant tout élément contractuel de l'acte de concession, d'y voir un acte administratif unilatéral². La concession est alors la décision par laquelle l'autorité concédante désigne le concessionnaire et l'investit de son statut, acte comparable en tous points à la nomination d'un fonctionnaire — pour autant, tout au moins, que l'on ne voie pas dans cette dernière un contrat de droit public. Le concessionnaire se trouve ainsi soumis à des règles fixées unilatéralement par l'administration, laquelle peut les modifier à son gré. Il est dans une situation exclusivement réglementaire, et il en va de même, par voie de conséquence, des usagers. L'acte de concession n'apporte donc aucune modification à la nature juridique

1. Conseil d'Etat, 19 janvier 1912, *Marc et Bérenger*, Rec., p. 75.

2. Otto Mayer, *Droit administratif allemand* (trad. Boucard et Jèze), t. IV, p. 166 : « Pour nous la concession est un acte administratif, spécialement une disposition déterminant discrétionnairement ce qui doit être de droit dans le cas individuel. »

du cahier des charges qui est et reste un acte réglementaire : il n'est que la « condition » qui en détermine l'application. Une telle conception a l'inconvénient de placer le concessionnaire dans un état d'insécurité et d'instabilité difficilement compatible avec la continuité nécessaire du service public. Aussi bien est-elle totalement étrangère à notre droit. Dans la jurisprudence française, la concession de service public présente un caractère nettement contractuel.

Traditionnellement en effet, la concession apparaît comme un contrat, définissant les droits et les obligations réciproques du concédant et du concessionnaire. C'est un contrat de droit public sans doute, puisqu'il tend à instituer une collaboration étroite du concessionnaire au fonctionnement du service public et le soumet par suite à un régime exceptionnel, exorbitant du droit commun. Mais c'est un contrat tout de même, et rien de plus, dont le seul objet est de faire naître des droits et des obligations. Le cahier des charges s'intègre donc dans le contrat et, si tant est que, dans cette conception, il ait jamais eu un caractère réglementaire, il perd en tous cas complètement ce caractère : il ne contient plus qu'une série de clauses contractuelles. Quant à celles de ces clauses qui intéressent les usagers ou le personnel, tiers au contrat, il faut y voir des stipulations pour autrui, comparables à celles que l'on trouve dans les contrats d'assurance sur la vie¹.

Cette analyse qui, faisant rentrer la concession dans le cadre des notions juridiques courantes, permet de lui étendre des principes de droit nettement définis, n'est cependant pas pleinement satisfaisante. En premier lieu, en donnant à la situation du concessionnaire un fondement exclusivement contractuel, elle lui donne une stabilité excessive et qui n'est pas moins préjudiciable au bon fonctionnement du service public que l'instabilité résultant de la concession acte unilatéral. Tout service public, correspondant par définition même à la satisfaction nécessaire d'un besoin collectif, doit s'adapter aux transformations de ce besoin, et un régime juridique trop rigide ferait obs-

1. V. notamment en ce sens : Planiol, Ripert et Esmein, *Les obligations*, p. 490; Ed. Lambert, *La stipulation pour autrui*; Dereux, *De la nature juridique des tarifs de chemins de fer*.

tacle à cette adaptation. Aussi bien la jurisprudence reconnaît-elle à l'administration concédante le pouvoir d'imposer à tout moment les modifications du service que nécessite la satisfaction des besoins auxquels il s'agit de pourvoir¹. Pour concilier cette jurisprudence avec la conception contractuelle de la concession il faut admettre que, même dans le silence du contrat, le concessionnaire a entendu d'avance accepter les modifications que le concédant apporterait ultérieurement au fonctionnement du service. Mais s'il est nécessaire de faire appel à une telle fiction qui peut, d'ailleurs, se trouver en contradiction formelle avec la volonté des parties exprimée dans l'acte de concession, n'est-ce pas reconnaître que cet acte est autre chose qu'un contrat?

D'autre part et surtout, la notion de stipulation pour autrui ne rend pas compte du caractère juridique véritable des clauses du cahier des charges intéressant les usagers ou le personnel de la concession. Nous ne retiendrons pas la critique généralement adressée et fondée sur ce que la stipulation pour autrui implique une prestation concrète quant à son objet et à son bénéficiaire : il nous semble, en effet, qu'une stipulation pour autrui peut avoir un objet et un bénéficiaire indéterminés pourvu qu'ils soient déterminables à l'époque de l'exécution; et tel est certainement le cas des clauses des cahiers des charges qui nous occupent. En réalité, stipulation pour autrui et concession de service public correspondent à des ordres d'idées nettement distincts, se placent sur des plans différents. Dans la stipulation pour autrui, le promettant s'engage à fournir une prestation à un tiers dans des circonstances déterminées. Dans la concession, le concessionnaire s'engage bien en apparence à fournir des prestations à des tiers, mais, si l'on va au fond des choses, il s'oblige en réalité; « d'une manière générale et permanente, à accepter que
« les relations juridiques qui naîtront entre lui et qui-
« conque usera du service public, soient réglées d'après
« les dispositions de l'acte de concession. Il accepte une règle
« générale qui régira ses rapports futurs avec tous ceux qui

1. Conseil d'Etat, 11 mars 1910, *Ministre des Travaux Publics c. Compagnie générale française des tramways*, Rec., p. 216, avec les concl. de M. Blum.

« useront du service »¹. Les mêmes formules valent pour les clauses intéressant le personnel. Pour employer la terminologie, aujourd'hui classique, de M. Duguit, le promettant se trouve dans une situation juridique subjective alors que le concessionnaire se trouve, vis-à-vis des usagers, et le cas échéant, de son personnel, dans une situation juridique objective. Sans doute le développement des applications de la stipulation pour autrui a-t-il créé des situations qui se rapprochent des caractères que nous venons de dégager pour la concession de service public. Mais cela tient uniquement à ce que les cadres juridiques ne sont pas rigides : du droit privé au droit public la transition est insensible.

D'ailleurs, c'est bien par une transposition dans le droit public de la théorie traditionnelle de la stipulation pour autrui que l'on est conduit à analyser la concession en une « loi-convention » ou encore en un « contrat de réglementation »². De même, en effet, que dans la stipulation pour autrui un droit direct naît au profit du bénéficiaire du contrat conclu entre le stipulant et le promettant, de même de la convention passée entre le concédant et le concessionnaire naissent non seulement des rapports contractuels entre ceux-ci, mais encore des « lois » au sens matériel du mot, des dispositions réglementaires. Et ont précisé-ment ce caractère toutes les clauses intéressant les usagers et le personnel. L'on rend compte ainsi du caractère réglementaire de la plupart des clauses du cahier des charges, mais en voyant la source de leur force juridique dans l'accord de volontés des parties. C'est là l'originalité, mais c'est aussi le défaut de l'analyse proposée du contrat de concession. Une convention entre particuliers ne peut donner naissance à des règlements, à des prescriptions s'imposant d'une manière générale et permanente. Or dans l'acte de concession, le concessionnaire ne se présente pas dans des conditions différentes de tout particulier intervenant à un contrat : c'est lui-même un particulier ou une société privée et qui poursuit un but spéculatif. Si donc l'accord de volontés inclus dans l'acte de concession pro-

1. Duguit, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *Rev. du Droit public*, 1907, p. 411 et s.

2. Duguit, *Les transformations du Droit public*, p. 129 à 137; Demogue, *Traité des Obligations en général*, t. II, n° 902.

duit des effets juridiques aussi exceptionnels que la naissance de règlements opposables aux tiers, cela ne peut tenir qu'à la présence dans l'accord d'une autorité administrative intervenant dans un but d'intérêt général. De là à dire que les prescriptions réglementaires émanent unilatéralement de cette seule autorité, il n'y a qu'un pas, et il paraît d'autant plus nécessaire de le franchir que l'on voit mal comment des règlements nés d'une convention pourraient être modifiés sans l'accord des volontés qui ont concouru à les faire naître : or, nous savons que le concédant peut et doit pouvoir, de sa seule autorité, modifier les règles de fonctionnement du service. Au surplus n'avons-nous pas constaté la préexistence à l'acte de concession de textes, de cahiers des charges ayant une valeur réglementaire ? Comment expliquer cette préexistence si ces textes, ces cahiers des charges ne tiennent leur force juridique que de la concession ?

Ce qu'il convient néanmoins de retenir de cette analyse de la concession en une « loi-convention », c'est la nécessité d'une distinction entre les différentes clauses de l'acte considéré. La concession de service public apparaît aujourd'hui, c'est un point acquis tant en doctrine qu'en jurisprudence, comme un acte juridique complexe dont tous les éléments ne présentent pas le même caractère. Mais cette complexité peut s'entendre en des sens différents. L'on peut d'abord y voir une juxtaposition d'éléments ayant une valeur juridique différente, de dispositions réglementaires et de clauses contractuelles¹. Ont un caractère réglementaire toutes les clauses relatives à l'organisation et au fonctionnement du service, ainsi qu'à la situation des usagers et du personnel, c'est-à-dire d'une manière générale toutes les clauses qui, si le service était exploité en régie, figureraient dans le règlement de la régie. Ont, au contraire, un caractère contractuel les clauses qui imposent au concessionnaire des obligations spéciales et lui accordent des avantages particuliers, qui fixent en un mot les modalités de sa collaboration à l'exécution du service telle qu'elle est régie par les clauses de nature réglementaire. Ainsi, l'acte de conces-

1. Hauriou, *Précis de Droit administratif*, 2^e éd., p. 793; Jèze, *Principes généraux du Droit administratif*, 3^e éd., t. I, p. 61 et 198 et dans *Revue du Droit public*, 1907, p. 680; 1910, p. 270.

sion, d'une part, est la « condition » de l'entrée en application des clauses du cahier des charges intéressant l'organisation du service, il soumet le concessionnaire au statut défini par ces clauses : c'est un acte-condition. D'autre part il transforme le caractère des clauses fixant les obligations et les droits particuliers du concessionnaire, et ces clauses, de réglementaires qu'elles étaient avant l'intervention de l'acte de concession, deviennent contractuelles car elles créent dans les relations entre concédant et concessionnaire une situation juridique subjective. Les clauses relatives à l'organisation du service conservent leur caractère réglementaire, et l'acte de concession, acte-condition, ne fait pas obstacle à leur modification par la volonté unilatérale de l'administration, si l'intérêt du service l'exige. Les clauses financières au contraire ont une valeur toute nouvelle qu'elles tiennent exclusivement de l'accord de volontés des parties : elles ne pourraient être modifiées sans cet accord.

Cette analyse du contrat de concession rend parfaitement compte des règles générales qui président à l'organisation et au fonctionnement du service concédé. C'est cependant à une conception plus nuancée — et peut être aussi moins claire — que semble se ranger la jurisprudence. La concession de service public apparaît dans les arrêts du Conseil d'Etat non comme la juxtaposition de clauses ayant une valeur juridique différente, mais comme un ensemble complexe de clauses [présentant des caractères différents, suivant l'aspect sous lequel on les envisage : on parle « du double aspect, de la double nature « de la concession qui est en un sens, un agencement financier à forme certaine, en un autre sens, le « mode de gestion d'un service public à besoins variables¹. » Sans doute les clauses financières de la concession ont-elles un caractère exclusivement contractuel. Mais le caractère des clauses relatives à l'organisation et au fonctionnement du service varie suivant l'angle sous lequel on les considère, plus précisément suivant la qualité de celui qui s'en prévaut. Au regard du concessionnaire, tous les éléments de l'acte de concession ont un caractère

1. Concl. de M. Blum, sous Conseil d'Etat, 11 mars 1910, *Ministre des Travaux publics c. Compagnie générale française des tramways*, Rec., p. 223.

contractuel : le concessionnaire est lié à l'administration par un contrat, et toutes les clauses de ce contrat ont la même valeur juridique; ainsi la violation des clauses organiques du cahier des charges ne saurait donner ouverture à un recours pour excès de pouvoir formé par le concessionnaire. Au regard de l'administration concédante, les clauses organiques de la concession ont un double caractère : elles sont contractuelles en tant que le concédant en demande l'exécution au concessionnaire; s'il naît un différend à ce propos, il ressortit au juge du contrat, et toutes les sanctions contractuelles peuvent être appliquées. De même si le concédant s'entend avec le concessionnaire pour modifier les règles d'organisation du service dans un avenant à l'acte de concession, cet avenant a un caractère nettement contractuel et il ne pourrait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir¹. Si, au contraire, le concédant intervient dans l'intérêt du service pour en modifier unilatéralement les règles d'organisation et de fonctionnement, le concessionnaire n'est plus en cause, il n'y a plus qu'un service public et un règlement administratif susceptible comme tel d'être modifié à tout instant. Sans doute le concessionnaire subira-t-il le contre-coup de ces modifications, mais il disposera de deux moyens pour la défense de ses intérêts : d'une part il pourra attaquer les modifications unilatérales apportées par l'administration aux règles d'organisation du service par la voie du recours pour excès de pouvoir, étant entendu que ce recours ne pourra être fondé sur la violation de l'acte de concession mais seulement sur celle de textes législatifs ou réglementaires ayant une existence indépendante de cet acte²; d'autre part, il pourra saisir le juge du contrat d'une demande d'indemnité ou même de résiliation, si les modifications apportées au contrat en bouleversent complètement l'économie : dans des cas exceptionnels, si l'usage fait du droit de réglementation avait manifestement pour objet d'acculer le concessionnaire à la déchéance, de le frustrer de sa concession sans passer par la procédure du rachat, le juge du contrat pourrait annuler les actes de régle-

1. Conseil d'Etat, 17 déc. 1920, *Ramaroni*, Rec., p. 1079.

2. Conseil d'Etat, 4 août 1905, *Compagnie des Chemins de fer de Bône-Guelma et dépendances*, Rec., p. 770.

mentation, et ce pouvoir d'annulation serait tiré du pouvoir qui lui a toujours été reconnu, en matière de concession, d'annuler une déchéance injustement prononcée¹. Mais, même dans ce cas, nous restons dans le domaine du contentieux contractuel, le seul auquel puisse donner ouverture, au regard du concessionnaire, l'atteinte à une clause quelconque de l'acte de concession.

Les clauses du cahier des charges intéressant les usagers participeront de ce double caractère contractuel et réglementaire. Le concessionnaire est contractuellement tenu d'en assurer l'exécution, et le concédant peut l'y contraindre sous les sanctions du contrat². Le concédant peut les modifier unilatéralement, sous réserve des recours ouverts au concessionnaire ainsi qu'il a été indiqué. Mais si le caractère juridique de ces clauses varie suivant la qualité de celui qui s'en prévaut, quel en sera le caractère lorsque l'usager en demandera l'application ou en contestera la validité? La jurisprudence paraît assez incertaine sur ce point. Elle semble répondre à la question par une distinction : toutes les fois que l'usager se prévaut de dispositions détachables de l'acte de concession, pouvant être regardées comme édictées unilatéralement par l'administration, et que, de plus, le concessionnaire ne sera pas en cause, les clauses organiques du cahier des charges devront être regardées comme de purs règlements administratifs. Si au contraire l'usager invoque des clauses qui ne peuvent être isolées de l'acte de concession, qui n'ont pas pris place dans un règlement émané de la seule administration, ou si l'usager demande au concessionnaire l'exécution de ces clauses, il se prévaut en réalité du contrat de concession et apparaît comme le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui.

Cette jurisprudence apparaît comme une tentative de conciliation entre la conception purement contractuelle de la concession de service public et le caractère nécessairement réglementaire qu'il faut reconnaître à certaines des clauses de l'acte de concession. Nous aurons à examiner

1. Concl. de M. Blum, précitées.

2. Cf. notamment : Cass. Belg., 21 juillet 1888, *Ville de Mons c. Robert et Cie*, S. 1889.4.9 avec la note de M. Labbé; Sainctelette, « Des contrats d'utilité publique », dans *Rev. du Droit international et de législation comparée*, 1888, p. 425.

si, au regard de la situation des usagers, les manifestations de cette tentative ont toujours été satisfaisantes tant du point de vue de la logique juridique que de celui des nécessités pratiques. Bornons-nous pour le moment à constater la complexité du système jurisprudentiel, complexité qui paraît d'autant plus frappante qu'on la compare à la simplicité relative du système distinguant simplement les clauses du cahier des charges d'après leur contenu sans avoir égard à la qualité de celui qui s'en prévaut.

C. Les mesures d'application de l'acte de concession.

Les tarifs

L'application d'une concession de service public exige fréquemment l'intervention de mesures d'exécution ou d'adaptation. Ces mesures peuvent faire l'objet d'avenants à l'acte de concession : elles ont dans ce cas le même caractère que ce dernier. Elles peuvent en second lieu se présenter comme des modifications imposées d'autorité, unilatéralement, par l'administration aux règles d'organisation et de fonctionnement du service : l'acte qui les prévoit est alors sans aucun doute un règlement administratif. Enfin elles peuvent être le résultat d'un accord entre l'administration et le concessionnaire, consacré, non par un avenant, mais par un acte ayant la forme d'une décision unilatérale de l'administration. De tels actes sont susceptibles d'intervenir quelle que soit la nature du service concédé¹. Mais on les trouve surtout dans les concessions de transports, qu'il s'agisse de chemins de fer d'intérêt général, de voies ferrées d'intérêt local, ou de transports automobiles, car, dans tous ces services, les tarifs d'application sont fixés, dans la limite des maxima prévus aux cahiers des charges, par des arrêtés ministériels ou préfectoraux homologuant les propositions du concessionnaire. Quelle est donc la nature juridique de ces tarifs?

A première vue il ne semble guère y avoir de raison pour que ces tarifs aient une valeur différente des clauses organiques du cahier des charges. Comme celles-ci, ils

1. Cf. pour une concession de distribution d'eau : Conseil d'Etat, 16 mai 1919, *Bezançon, Morin et ville de Montmorency c. Compagnie générale des Eaux*, Rec., p. 433.

sont le résultat d'un accord entre concédant et concessionnaire, en règle générale ils ont même leur origine dans une initiative du concessionnaire. Et si, dans certains cas, l'administration peut, d'autorité, les modifier, ce n'est là qu'une application du pouvoir général qui lui appartient, dans l'intérêt du service, à l'égard des clauses organiques de l'acte de concession. Cependant la jurisprudence tend à en négliger complètement l'aspect contractuel pour y voir dans tous les cas de purs règlements administratifs. Il n'y a pas là d'ailleurs contradiction avec la doctrine générale de la jurisprudence sur la nature du contrat de concession : toutes les fois, avons-nous dit, qu'elle se trouve en présence de dispositions susceptibles, en raison des conditions dans lesquelles elles ont été prises, d'être isolées de l'acte de concession, la jurisprudence y voit des règlements administratifs. Or, si les tarifs d'application ont bien leur fondement dans un accord entre concédant et concessionnaire, ils prennent la forme d'actes administratifs unilatéraux. Il faut donc leur reconnaître un caractère réglementaire, avec toutes les conséquences qui s'attachent à ce caractère.

La jurisprudence judiciaire sur les tarifs de chemins de fer est particulièrement nette en ce sens. Elle va même très loin, au moins dans les termes qu'elle emploie, puisqu'elle reconnaît « force de loi » aux tarifs régulièrement approuvés et publiés. Il ne faut pas prendre à la lettre cette terminologie. En réalité le sens de cette jurisprudence est « qu'un tarif de chemins de fer homologué par le ministre des travaux publics constitue dans son ensemble » une disposition réglementaire; qu'il participe ainsi du » caractère de la loi; qu'il est d'ordre public¹ ». Nous ne pouvons prétendre exposer dans leur ensemble les conséquences que d'innombrables décisions ont tiré de ce principe². Bornons-nous à rappeler les principales règles admises de façon constante : les tarifs sont réputés connus des intéressés, s'imposent aux parties nonobstant toutes conventions contraires, doivent être appliqués à la lettre;

1. Cass. civ., 25 juin 1924, *Soc. Gondrand frères c. Ch. de Fer P. L. M.*, S. 1924.1.384.

2. V. Dereux, *De la nature juridique des tarifs de chemins de fer*; Josserand, *Traité des transports*.

il appartient aux tribunaux judiciaires de les interpréter et de les appliquer, sous le contrôle de la Cour de cassation; les peines de l'article 21 de la loi du 15 juillet 1845 sanctionnent les infractions commises à leurs prescriptions. Toutes ces solutions ne peuvent s'expliquer que par le caractère réglementaire des tarifs.

Elles sont d'autant plus remarquables que les tribunaux judiciaires refusent d'une manière constante d'interpréter les cahiers des charges des concessions, quelles qu'elles soient. Si même une convention intervient entre concédant et concessionnaire pour modifier certains éléments du tarif, les tribunaux refusent de faire application de cette convention, même régulièrement approuvée et publiée¹. C'est donc bien que la jurisprudence attribue au tarif un caractère propre, l'isole de la concession dont il est l'application, l'isole même de l'accord entre concédant et concessionnaire qui lui sert de support, pour y voir un acte unilatéral de l'administration, ce qui permet de lui reconnaître une valeur réglementaire.

On peut se demander si le même effort ne serait pas possible à l'égard de toutes les clauses des concessions qui fixent les règles d'organisation et de fonctionnement du service. Il est difficile de trouver une raison juridique sérieuse à la différence faite entre les tarifs et ces clauses. Dans les uns et les autres il y a des règles impératives s'imposant aux tiers, un accord entre concédant et concessionnaire, une homologation administrative. Pourquoi attacher une importance excessive à la forme et feindre que l'arrêté ministériel ou préfectoral homologuant les tarifs proposés par le concessionnaire s'approprie ces tarifs pour en faire une règle édictée unilatéralement par l'administration, alors que la concession, même homologuée, approuvée, serait-ce par une loi, conserverait en toutes ses dispositions un caractère contractuel?

Ces distinctions apparaissent d'autant plus choquantes en pratique qu'elles aboutissent à reconnaître une valeur juridique différente à des règles rédigées dans les mêmes termes suivant qu'elles sont insérées dans le règlement

1. Cass. Civ., 23 mai 1905, *Compagnie générale parisienne de tramways* c. *Adenis*, S. 1907.1.185, avec la note de M. Chassaigne. V. cependant, Cass. Civ., 2 mai 1908, *Deglatigny et Larcher* c. *Ch. de fer du Nord*, S. 1912.1.53, qui fait prévaloir sur un tarif une convention entre deux réseaux, comme participant de la force obligatoire du décret qui l'approuve.

d'une régie ou dans le cahier des charges d'une concession. Peu importe aux tiers que l'administration exploite directement le service public ou se substitue un concessionnaire : leur situation de fait vis-à-vis du service ne peut s'en trouver modifiée. Pourquoi en irait-il autrement de leur situation de droit ?

Section II. — Conséquences de la nature juridique des actes organisant le service public industriel sur le caractère de la redevance prévue par ces actes.

Le service public industriel et commercial, par définition même, comporte des ressources propres destinées à couvrir les dépenses du service. Ces ressources sont constituées par les redevances payées par les usagers en contrepartie des prestations dont ils bénéficient. Quelle est la nature juridique d'une telle redevance ? Y a-t-il là le simple prix de services rendus ou une taxe de caractère fiscal ? A la vérité il est assez difficile de donner à ces questions une réponse précise parce que le mot « taxe » ne désigne pas une notion juridique nettement définie. Ce n'est qu'une modalité de la répartition des charges publiques entre les individus : lorsque les charges d'un service sont assumées en tout ou partie par les usagers du service, on dit que ceux-ci paient une taxe, et la taxe s'oppose alors à l'impôt proprement dit qui fait supporter les charges publiques par l'ensemble des contribuables. Envisagée sous cet aspect, la redevance au paiement de laquelle est subordonné le fonctionnement d'un service industriel apparaît évidemment comme une taxe, mais cette constatation ne présente aucun intérêt juridique. En droit la question se pose sur un terrain différent : il s'agit de savoir non pas si la redevance est un impôt ou une taxe, mais si et en quoi elle se différencie du prix demandé par un industriel ordinaire à ses clients pour les prestations qu'il fournit.

Les textes et la jurisprudence fournissent à cet égard des indications contradictoires. Les règlements des régies et les cahiers des charges des concessions adoptent des formules différentes : les cahiers des charges des grands réseaux de chemins de fer, de 1857-59, paraissent recon-

naître aux redevances à percevoir par les concessionnaires un caractère nettement fiscal : « Pour indemniser la Compagnie des travaux et dépenses qu'elle s'engage à faire par le présent cahier des charges, et sous la condition expresse qu'elle en remplira exactement toutes les obligations, le gouvernement lui accorde l'autorisation de percevoir, pendant toute la durée de la concession, les droits de péage et les prix de transport ci-après déterminés¹... » Par contre, les cahiers des charges-types, arrêtés par le décret en Conseil d'Etat du 17 janvier 1928, des concessions de distribution d'énergie électrique, emploient une formule qui paraît comporter non la délégation par le concédant du droit de percevoir une taxe mais simplement une limitation de la liberté du concessionnaire dans la fixation du taux de la redevance : « Les prix auxquels le concessionnaire est autorisé à vendre l'énergie électrique ne peuvent dépasser les maxima de base suivants²... » La même formule figure dans l'article 11 du cahier des charges type des régies communales de distribution d'énergie électrique, tel qu'il a été établi par le décret en Conseil d'Etat du 30 août 1917.

Cette différence dans les termes employés correspond d'ailleurs à une différence dans le mode d'établissement des tarifs : les compagnies de chemins de fer, comme les concessionnaires de voies ferrées d'intérêt local ou de transports automobiles, ne sont jamais libres de fixer leurs tarifs, dans la limite des maxima déterminés par le cahier des charges ; les tarifs d'application doivent toujours faire l'objet d'une homologation administrative. Au contraire, en règle générale, les concessionnaires de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité sont maîtres des tarifs, dans la limite des maxima fixés et sous réserve des obligations qui leur sont imposées, notamment en ce qui concerne le respect nécessaire de l'égalité des usagers.

A cette variété de situations correspond une jurisprudence incertaine. Il n'y a de règles incontestées que pour les services de transports, chemins de fer, tramways, automobiles : les redevances exigées pour le transport soit des voyageurs, soit des marchandises ont le caractère de taxes

1. Art. 42 des cahiers des charges.

2. Art. 11 des cahiers des charges types.

assimilées à des contributions indirectes¹. Mais pour les autres services, la jurisprudence est beaucoup moins nette. A l'égard de régies municipales de distribution d'eau, le Conseil d'Etat décide que la redevance « n'a pas le caractère d'un impôt² » alors que la Cour de cassation y voit une taxe assimilée aux impôts indirects³, sans que des termes des décisions rendues par l'une et l'autre juridictions ressorte l'existence de considérations d'espèces susceptibles de justifier des solutions différentes.

Cette incertitude des textes, ces hésitations de la jurisprudence nous paraissent résulter d'une analyse insuffisante des caractères juridiques de la redevance. Le plus souvent celle-ci comporte non seulement la rémunération du service directement rendu mais un péage, correspondant à l'occupation et à l'utilisation de la voie publique. C'est le cas pour tous les services de chemins de fer et de tramways; c'est le cas pour les distributions d'eau et de gaz toutes les fois que l'usager a la charge de l'établissement de tout ou partie de la canalisation sur la voie publique. Or le péage a le caractère d'un droit de voirie, nettement fiscal, et où la jurisprudence a toujours vu une taxe assimilée aux contributions indirectes. Par suite, lorsque la redevance correspond pour partie à un péage, il n'y a rien de surprenant à ce que le juge confondant le tout avec la partie y voie pour l'ensemble une taxe assimilée. Cette solution, d'ailleurs la seule expédiente, justifie en pareil cas l'application des règles spéciales de compétence et de procédure prévues pour les impôts indirects.

Mais la question du caractère de la redevance reste entière pour la partie qui ne correspond pas à un péage. Elle ne se présente pas d'ailleurs sous le même aspect suivant qu'on l'envisage dans l'acte d'organisation du service ou dans les rapports entre le service et l'usager tels qu'ils sont définis par la police d'abonnement, le contrat de transport ou autres actes du même ordre. C'est au premier point de vue seulement que nous l'examinerons

1. Jurisprudence judiciaire constante. V. également : Conseil d'Etat, 17 avril 1866, *Houillères de Montrambert c. Chemin de fer de Paris à Lyon*, D. 1869.3.3; 15 février 1884, *Jurie et Courtet c. Compagnie des tramways de Bordeaux*, Rec., p. 140; etc.

2. Conseil d'Etat, 26 déc. 1913, *Laune*, Rec., p. 1299.

3. Cass. civ., 5 nov. 1923, *Daléas c. Ville de Toulouse*, S. 1924.1.127.

ici. A ce titre, la redevance apparaît dès l'abord comme l'un des éléments essentiels d'où résulte le caractère industriel et commercial du service. C'est en effet, parce que les dépenses du services devront être couvertes par des redevances payées par les usagers que la gestion pourra prendre une forme commerciale. Et l'on pourrait se demander si ce n'est pas là tout le sens des clauses du règlement de la régie, du cahier des charges de la concession, qui prévoient la perception de cette redevance : ces clauses signifieraient simplement que la gestion du service doit être assurée dans les conditions du commerce, et le taux fixé par la redevance ne serait autre chose que le prix auquel le service offre ses prestations.

Cette interprétation impliquerait que le règlement de la régie, le cahier des charges de la concession, les tarifs, n'ont d'autre valeur au regard des usagers que celle d'une offre de contracter. Nous croyons avoir montré qu'il n'en est pas ainsi, que règlement, cahier des charges, tarifs, présentent le caractère d'actes réglementaires. Les dispositions ou clauses fixant la redevance participent de ce caractère : ils constituent en effet un élément essentiel du fonctionnement du service public. Peu importe qu'on qualifie la redevance d'impôt, de taxe, de prix : l'un ou l'autre de ces termes, qui n'ont pas en l'espèce de signification juridique précise, apparaît exact suivant le point de vue auquel on se place. La seule notion certaine, dont on puisse tirer des conséquences juridiques, est que la redevance trouve son principe dans un acte réglementaire, qui en détermine avec plus ou moins de détails les modalités¹.

Il en va ainsi alors même que le cahier des charges de la concession se borne à fixer un tarif maximum, laissant au concessionnaire la liberté de fixer à son gré le taux de la redevance dans la limite de ce maximum. En effet en pratique l'expression « tarif maximum » a ici un sens particulier : elle signifie « tarif de droit commun », applicable

1. Pour M. Jèze (*Principes généraux du Droit administratif*, 3^e éd., t. III, p. 353), la redevance a la nature juridique d'une taxe « c'est-à-dire d'un « véritable impôt spécial », et, par suite elle ne peut être perçue que si une loi en a prévu le principe et a conféré à une autorité publique le pouvoir de l'établir et d'en fixer le tarif. Cette solution nous paraît difficilement conciliable avec certaines décisions de jurisprudence (Cf. notamment, Conseil d'Etat, 26 déc. 1913, *Laune*, Rec., p. 1299). Au surplus la question ne présente qu'un intérêt pratique assez mince car les services industriels trouvent toujours, directement ou indirectement, leur origine dans une loi.

sauf dérogations exceptionnelles qui ne peuvent être apportées par les concessionnaires que dans des conditions strictement limitées. Le taux du tarif de droit commun, du tarif normal a bien certainement un caractère réglementaire. Mais qu'en est-il des tarifs exceptionnels fixés par le concessionnaire au-dessous du maximum prévu par le cahier des charges? A première vue ils ne semblent nullement participer du caractère réglementaire de la redevance, puisque l'administration n'intervient à aucun moment dans leur établissement. Nous croyons cependant que la redevance, même en ce cas, ne change pas de caractère. Sans doute le taux n'en est-il pas fixé directement dans un acte administratif. Mais ce taux est déterminé en fonction du maximum réglementaire prévu et dans des conditions strictement fixées par le cahier des charges. Un peu plus de latitude est laissée au concessionnaire, les modalités d'établissement de la redevance ont plus de souplesse, mais la nature même de la redevance n'en saurait être modifiée. Sans doute cette analyse paraît-elle en contradiction avec l'esprit de la jurisprudence judiciaire qui, attachant une importance peut-être excessive à la forme, envisage chaque acte en lui-même et en définit le caractère d'après son auteur : le taux d'une redevance fixé par le concessionnaire sans intervention de l'administration ne pourrait donc avoir un caractère réglementaire. Mais la nature de la redevance ne doit pas être appréciée d'après la seule considération de la qualité de celui qui en fixe le taux. Elle dépend de tout un ensemble d'éléments dont on ne saurait détacher l'un pour lui attacher une importance exclusive. Sans doute l'acte par lequel le concessionnaire fixe le taux d'une redevance n'est-il pas un règlement administratif, mais il n'en demeure pas moins que cette redevance reste commandée, même dans la détermination de son taux, par un ensemble de dispositions réglementaires, dont on ne saurait la détacher, et dont la modification éventuelle ne peut manquer d'avoir sur elle des répercussions.

. . .

Les développements qui précèdent nous ont permis de constater des divergences de doctrine, des hésitations de jurisprudence, sur la nature juridique des actes d'orga-

nisation des services publics industriels et commerciaux. Ces divergences, ces hésitations se retrouveront dans tous les aspects de la situation de l'utilisateur, qui sont commandés par le caractère que l'on reconnaît aux textes organiques du service. Il est indispensable d'avoir précisé ce caractère pour se retrouver dans le dédale des solutions proposées. Nous croyons que c'est seulement en partant du caractère réglementaire au regard de l'utilisateur de l'ensemble des actes fixant les modalités d'organisation et de fonctionnement du service qu'il est possible de dégager, sur la situation de l'utilisateur du service public industriel, un système de solutions coordonnées et satisfaisantes tant du point de vue rationnel que du point de vue des nécessités pratiques.

TITRE PREMIER

LE DROIT AU SERVICE

Sous le vocable « droit au service public », nous nous proposons d'étudier la situation de l'usager éventuel, du candidat à l'usage d'un service public industriel, pendant la période antérieure à l'établissement du lien, quel qu'en soit le nom, contrat, police, qui sera le point de départ du fonctionnement du service à son profit.

Cet usager éventuel a-t-il un droit au service public? Toute réponse se bornant à une affirmation ou à une négation serait, à notre avis, inexacte, et les doctrines qui ont soit affirmé soit nié le droit de l'usager au service public en général ou à un service en particulier ont, dans la plupart des cas, négligé certains aspects du problème. De multiples distinctions sont, en effet, nécessaires pour déterminer le contenu de ce « droit au service », pour préciser la situation de l'usager éventuel d'un service public à l'égard de ce service et de la collectivité qui le gère.

Cette situation peut d'abord être envisagée sous l'angle politique ou sous l'angle juridique. L'organisation politique actuelle donne aux usagers des moyens d'action sur l'entreprise publique. Le système représentatif qui est la base de l'administration tant de l'Etat que des collectivités locales permet à tous les intéressés d'exercer, par la désignation de leurs représentants dans les différentes assemblées, une influence sur l'activité des diverses collectivités publiques. Cette action, cette influence peut d'ailleurs se manifester, en dehors des époques espacées auxquelles l'électeur marque à son représentant sa satisfaction ou son mécontentement, par la voie de la presse. Mais le contrôle ainsi exercé sur les pouvoirs publics ou les administrateurs locaux reste imparfait, parce qu'intermittent, souvent lointain, généralement incompetent. D'autre part,

et surtout l'usager isolé ne peut guère avoir une action effective : il est trop faible en face de l'administration. Aussi, de plus en plus, le public s'est-il organisé : des ligues de consommateurs, d'usagers se sont constituées dont la force et l'influence ne sont pas contestables, bien que leurs efforts soient encore dispersés. Cet ensemble de moyens d'action, plus ou moins précis, plus ou moins efficaces, ouverts à l'usager d'un service public, ne sont pas la manifestation d'un droit appartenant à celui-ci, mais seulement un aspect du contrôle, de la pression exercée par l'opinion dans tout régime politique basé sur l'élection.

Dans l'ordre juridique, la situation de l'usager apparaît différente suivant qu'on l'envisage au regard de la création du service, de son organisation ou de son fonctionnement au profit de l'intéressé. Les particuliers ne disposent, en règle générale, d'aucun moyen de droit pour obtenir la création d'un service public. Le Parlement, les conseils généraux et municipaux n'ont pas l'obligation juridique d'organiser dans le cadre national, départemental et municipal un service déterminé. Pour faire décider cette organisation, les usagers ne pourront donc recourir qu'à des moyens politiques. Ce principe est vrai sans restriction pour les services publics nationaux; il ne l'est pas pour les services départementaux et municipaux. La loi en effet impose aux collectivités locales l'obligation de faire fonctionner certains services, et les usagers pourraient, en critiquant soit l'abstention des représentants de la collectivité locale, soit celle de l'autorité d'Etat exerçant sur cette collectivité la tutelle administrative, obtenir la création de tels services. Mais les services publics industriels et commerciaux, qui seuls nous intéressent ici, ne sont jamais des services obligatoires : ils ont toujours un caractère facultatif. Pour les collectivités locales comme pour l'Etat, les usagers éventuels sont donc dépourvus de toute voie de droit pour obliger l'administration à créer un tel service. Ils pourraient en critiquer la création si celle-ci leur paraissait illégale, ils ne peuvent critiquer le refus de les créer. A cet égard il est vrai de dire que l'usager n'a pas de droit au service.

La situation change au regard de l'organisation du service une fois créé. Sans doute ne pourrait-on prétendre, ici encore, que l'usager éventuel eût un droit, au sens strict

du mot, à ce que le service fût organisé suivant telle ou telle modalité. Mais il dispose de voies de droit pour faire assurer le respect par l'administration, dans cette organisation, de tout un ensemble de règles posées soit par la loi soit par la jurisprudence. Sa qualité d'usager éventuel lui donne un intérêt suffisant à l'organisation régulière du service pour lui ouvrir la critique de la légalité de cette organisation par le recours pour excès de pouvoir. La situation de l'usager se ramène ici à celle de tout individu ayant un intérêt direct et personnel au respect par l'administration d'une règle de droit.

La situation de l'usager est-elle différente lorsqu'il demande le fonctionnement du service public industriel à son profit? Doit-il se borner à critiquer la légalité du refus opposé par l'administration de lui accorder les prestations du service? Dans l'affirmative, il serait vrai de dénier à l'usager tout véritable droit au service. Si, au contraire, il existe à la charge de l'administration, ou du concessionnaire qu'elle se substitue, une obligation juridique précise à l'égard de toute personne qui réclame le bénéfice du service conformément à son statut, si cette personne peut obtenir la condamnation de l'administration ou du concessionnaire à lui fournir les prestations du service, il y a bien là un droit de l'usager au service. Or, telle est bien à notre avis la solution exacte. Etant entendu que nous envisageons uniquement la situation de l'usager avant l'établissement du lien qui sera le point de départ du fonctionnement du service à son profit, nous croyons que le candidat à l'usage d'un service industriel a un droit précis, un droit subjectif à obtenir les prestations de ce service, et cela bien que sa situation soit définie exclusivement par des dispositions législatives ou réglementaires.

L'étude de la situation de l'usager éventuel du service public industriel nous conduit donc à distinguer d'une part le contrôle exercé par cet usager éventuel sur l'organisation du service, qui se résume, en droit, à un contrôle de légalité; d'autre part, les moyens d'action dont dispose le candidat à l'usage d'un service pour obtenir le fonctionnement de ce service à son profit, moyens d'action qui, selon nous, comportent non seulement un contrôle de légalité mais encore une action directe en exécution des prestations.

CHAPITRE PREMIER

LE CONTROLE DES USAGERS EVENTUELS SUR L'ORGANISATION DU SERVICE PUBLIC INDUSTRIEL

Les usagers éventuels d'un service public industriel disposent, avons-nous dit, d'un contrôle sur la légalité de l'organisation et du fonctionnement général de ce service. Quelle est la portée de ce contrôle? Par quels moyens ce contrôle peut-il s'exercer? Tels sont les deux ordres de questions que nous nous proposons d'examiner dans le présent chapitre.

Section I. — Portée du contrôle.

Le contrôle des usagers est un contrôle de légalité. Il tend à assurer le respect par l'administration des règles de droit qui s'imposent à elle. Parmi ces règles, toutes n'ont pas la même source ni la même portée : les unes résultent de textes, les autres de la jurisprudence, les unes ont un caractère général, s'imposent à tous les services publics, ou au moins à tous les services d'un même type, les autres sont propres à un service déterminé. De multiples distinctions seraient donc nécessaires pour définir d'une manière complète et précise les règles qui s'imposent à l'administration dans l'organisation et le fonctionnement d'un service public industriel. Mais cet examen détaillé de réglementations multiples plus ou moins cohérentes, ne présenterait, en doctrine comme en pratique, qu'un assez faible intérêt. Nous nous bornerons donc à indiquer d'une part comment se présente la hiérarchie des textes régissant le service, d'autre part quels sont les principes généraux, intéressant les usagers, qui s'imposent, même en dehors de tout texte, dans l'organisation et le fonctionnement des services de ce type.

§ 1. LA VIOLATION DES TEXTES.

Toute autorité administrative est soumise à un ensemble complexe de textes, législatifs ou réglementaires, dont l'objet est à la fois de diriger et de limiter son activité. Ces textes qui s'échelonnent des lois constitutionnelles jusqu'aux règlements de détail forment une hiérarchie dans laquelle chacun est subordonné aux précédents et s'impose aux suivants. La loi doit respecter les lois constitutionnelles et son respect s'impose à tous les règlements administratifs, le règlement d'administration publique doit respecter les lois et son respect s'impose aux décrets simples ainsi qu'aux règlements émanant d'autorités inférieures, et ainsi de suite, la valeur respective de chaque texte étant exclusivement déterminée par la qualité de l'autorité dont il émane.

Si dans l'organisation d'un service industriel, cette hiérarchie présente, au moins en apparence, une certaine confusion, cela tient, d'une part, à ce que le principe de décentralisation fait échapper les collectivités locales à l'autorité de certains textes pour l'organisation des services dont elles assument la gestion, cela tient, d'autre part, et surtout, à la nature juridique indécise des règlements particuliers ou cahiers des charges des services industriels. Dans un but de clarté, il est donc indispensable d'examiner distinctement :

- 1° Les textes généraux, législatifs ou réglementaires;
- 2° La hiérarchie particulière des textes régissant les services des collectivités locales;
- 3° Les règlements particuliers et les cahiers des charges.

A. Textes généraux.

L'on pourrait soutenir qu'en une certaine manière presque toutes les lois ayant un caractère général intéressent le fonctionnement de chaque service public, qu'elles édictent des règles de compétence, des règles de forme, des sanctions pénales ou toutes autres prescriptions. Mais pour les principaux services publics industriels, il existe de véritables lois organiques, qui fixent les bases d'organisation

et de fonctionnement de tous les services de même nature : telles la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer, la loi du 31 juillet 1913 sur les voies ferrées d'intérêt local, la loi du 21 août 1923 sur les services publics de transports automobiles, la loi du 15 juin 1906 modifiée le 27 février 1925, sur les distributions d'électricité. Ces lois, avec les règlements d'administration publique, décrets et même arrêtés ministériels qui les complètent, forment le statut de chaque service, auquel doit se référer toute application particulière. D'autres textes, comme la loi du 21 juillet 1909, modifiée le 28 décembre 1911, sur le régime des retraites des agents des chemins de fer, ou encore la loi du 28 juillet 1928 sur le statut du personnel des entreprises concessionnaires de gaz et d'électricité, régissent certains aspects du fonctionnement des services industriels. De tous ces textes, malgré leur très grande importance, il y a peu de choses à dire, car leur caractère juridique est certain : ce sont tous des « lois matérielles », puisqu'ils ne contiennent que des règles générales. S'ils émanent du Parlement, ce sont également des « lois formelles » ; dans le cas contraire ils ont la valeur juridique qui appartient aux actes réglementaires des autorités dont ils émanent. Sous réserve du cas exceptionnel où l'un d'eux se trouverait en opposition avec un texte de valeur supérieure, tous ces textes s'imposent aux autorités chargées d'organiser le service public, qui ne peuvent y déroger sans une disposition particulière prise par la même autorité et dans la même forme que le texte auquel on veut se soustraire.

Bien entendu ces différents textes n'ont de force obligatoire que s'ils émanent d'autorités ayant qualité pour les prendre. Cette observation prend un intérêt du fait que le pouvoir réglementaire n'appartient en droit français qu'à un petit nombre d'autorités administratives. Dans le cadre national seul le Président de la République dispose, en vertu de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, d'un pouvoir général de réglementation pour l'organisation des services publics. Les ministres n'ont pas un tel pouvoir, et leurs arrêtés n'auront donc valeur réglementaire que dans les limites où une loi ou un décret leur auront expressément conféré cette valeur. Sans doute les ministres peuvent-ils et même doivent fixer par des instructions les

modalités du fonctionnement des services dont ils ont la haute direction, mais ces instructions, si elles s'imposent aux agents soumis à l'autorité hiérarchique du ministre, n'ont aucune force juridique au regard des tiers et ne peuvent notamment, en général, être opposés aux usagers éventuels du service. Dans le cadre départemental ou communal, le pouvoir de réglementer l'organisation des services appartient aux autorités locales. Mais ici se pose la question de la hiérarchie des textes à l'égard des services gérés par des collectivités décentralisées.

B. La hiérarchie des textes régissant les services publics industriels des collectivités locales.

La hiérarchie des textes régissant les services publics industriels des départements et des communes présente deux ordres de caractères propres tenant, d'une part, au principe de la décentralisation, d'autre part, à la répartition particulière des pouvoirs entre les différentes autorités locales.

1^o En premier lieu les départements et les communes sont des collectivités décentralisées, et la décentralisation implique l'autonomie de la personne morale : départements et communes sont en principe libres d'agir à leur guise. Mais ils restent soumis, cependant, dans une certaine mesure, aux règles édictées par les autorités d'Etat. Quels sont donc les textes qui s'imposent aux pouvoirs locaux dans l'organisation de leurs services industriels? A cette question la réponse est facile : seule la loi peut imposer des limites à l'autonomie des collectivités locales, plus exactement la loi et les textes pris pour l'application de cette loi sur une délégation expresse du législateur : un règlement d'administration publique peut ainsi contenir des dispositions restrictives des libertés locales, dans la mesure où ces dispositions ne sont que le développement des prescriptions légales ; il en va de même des décrets simples auxquels la loi renvoie le soin de fixer ses modalités d'application. A l'inverse de telles dispositions ne pourraient prendre place dans des décrets pris sans délégation du législateur, même seraient-ils dans la forme des règlements d'administration publique. C'est en vertu de ce principe que les décrets Millerand du 10 août 1899 n'ont prévu pour les

collectivités locales que la simple faculté d'insérer dans les cahiers des charges de leurs marchés les clauses qu'ils prévoient en faveur du personnel.

Mais l'application la plus intéressante de cette idée est celle qu'en a faite le Conseil d'Etat saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre le décret-loi du 28 décembre 1926 sur les régies municipales. Ce décret-loi impose aux communes tout un ensemble de prescriptions pour l'organisation de leurs régies, prescriptions qui ont été complétées par un règlement d'administration publique du 17 février 1930 et par un décret du 9 janvier 1933 fixant un règlement intérieur type de ces régies. De telles mesures, limitant l'autonomie communale, ne peuvent en principe être prises que par une loi, ou sur une délégation de la loi. La question s'est donc posée de savoir si les dispositions de ce décret rentraient dans les limites des attributions exceptionnelles reconnues au gouvernement par la loi du 3 août 1926 en vertu de laquelle il a été pris. Aux termes de l'article premier de cette loi, « le gouvernement est « autorisé à procéder par décrets, jusqu'au 31 décembre 1926, « à toutes suppressions ou fusions d'emplois, d'établissements ou de services. Lorsque ces mesures nécessiteront « soit des modifications à des organisations, formalités « ou procédures fixées par la loi, soit des annulations « ou transferts de crédits, elles devront être soumises à « la ratification des Chambres dans un délai de trois mois. » Le Conseil d'Etat a estimé d'une part que les réformes ainsi autorisées concernaient non seulement les services de l'Etat mais aussi ceux des collectivités locales, et, d'autre part, « qu'en soumettant à une réglementation spéciale « l'organisation et le fonctionnement des régies que l'autorité municipale peut instituer en vertu du droit qui lui « appartient de créer des services d'intérêt public destinés « à satisfaire à des nécessités d'ordre local, le Chef de « l'Etat s'est borné à assurer une meilleure gestion de « ces régies et à pourvoir à l'exécution des services publics « dont s'agit dans les conditions les mieux appropriées « à l'intérêt des finances communales ». Le décret reste donc dans la limite de la délégation prévue par l'article premier de la loi du 3 août 1926 : il est par suite légal¹.

1. Conseil d'Etat, 30 mai 1930, *Syndicat professionnel des épiciers en détail*, Rec., p. 583 et S. 1931.3.73, avec les concl. de M. Josse et la note de M. Alibert.

En résumé, la hiérarchie des textes régissant les services industriels des collectivités locales comprend uniquement d'un côté les lois et les décrets pris sur délégation du législateur, de l'autre les règlements émanant des collectivités locales.

2° Ces règlements en principe seront établis par les assemblées délibérantes, conseil général ou conseil municipal. En effet la répartition des pouvoirs entre l'organe délibérant et l'organe exécutif ne s'opère pas sur les mêmes bases dans le cadre national et dans le cadre local. Tandis que le Président de la République dispose d'un pouvoir général de réglementation pour l'organisation des services publics de l'Etat, ce pouvoir appartient dans le département au conseil général, dans la commune au conseil municipal, qui, pour reprendre les termes de l'article 61 de la loi du 5 avril 1884, régissent par leurs délibérations les affaires de la collectivité locale. Le préfet et le maire disposent, de ce qui les concerne, d'un pouvoir propre de réglementation dans les domaines qui leur sont réservés par la loi, principalement en matière de police, mais, dans l'organisation des services publics, ils doivent se borner à procurer l'exécution des délibérations du conseil général ou municipal, et c'est dans cette mesure seulement qu'ils pourront être appelés à prendre des arrêtés ayant valeur réglementaire.

C. Textes spéciaux à un service industriel : règlement de la régie, cahier des charges de la concession.

Tout ce qui vient d'être dit sur la hiérarchie des textes vaut pour tous les services publics, quel qu'en soit le caractère. Les services publics industriels et commerciaux se distinguent des autres services en ce qu'ils sont régis non seulement par des dispositions législatives et réglementaires de valeur juridique certaine, mais encore par des textes dont la nature a paru longtemps quelque peu incertaine : les règlements des régies, les cahiers des charges des concessions. Aujourd'hui le caractère réglementaire de ces textes, au moins lorsqu'ils sont envisagés indépendamment des conventions auxquelles ils servent de base, ne semble plus contestable.

Ceci est vrai d'abord, sans aucun doute, pour les règle-

ments-types ou cahiers des charges-types. Ceux-ci prennent la force juridique de l'acte qui les homologue et participent de son caractère réglementaire. Aucune dérogation ne peut leur être apportée, sauf dispositions contraires, que dans les formes de cette homologation initiale.

Mais les règlements et cahiers des charges particuliers, envisagés en eux-mêmes, ont également une valeur réglementaire et la force juridique de l'acte qui les approuve. Lorsque l'approbation émane du Parlement, le cahier des charges prend valeur législative et peut même contenir, bien qu'il s'agisse d'une simple loi formelle, des dérogations aux lois générales. Si elle résulte d'un décret en Conseil d'Etat, d'un simple décret, d'une délibération de conseil général ou de conseil municipal, le règlement ou cahier des charges a la même valeur que l'acte qui l'homologue : tout se passe comme si le Chef de l'Etat, le conseil général ou le conseil municipal avait directement édicté les prescriptions contenues dans le règlement ou le cahier des charges, sans qu'il y ait à tenir compte des contrats dont elles seront le support.

Le Conseil d'Etat a fait à plusieurs reprises application de ces principes en contrôlant, sur recours pour excès de pouvoir, la conformité des décisions ou actes d'exécution du service aux dispositions du règlement ou cahier des charges. Il a ainsi reconnu la légalité d'un arrêté du Préfet de la Seine autorisant la pose provisoire d'un trolley dans les rues de Paris, ce malgré la clause du cahier des charges de la concession des tramways interdisant l'emploi de conducteurs aériens, parce que « l'arrêté attaqué n'a pas eu « pour objet et ne peut avoir pour conséquence de modifier la *disposition impérative* du cahier des charges, ap-
« prouvée par décret en Conseil d'Etat », mais seulement de prendre une mesure provisoire rentrant dans les pouvoirs que le préfet tient tant de la loi du 11 juin 1880 que de la loi du 16-24 août 1790 et du décret du 10 octobre 1859¹. Comment consacrer plus nettement le caractère impératif, le caractère réglementaire du cahier des charges ? A plusieurs reprises, depuis lors, le Conseil d'Etat a confirmé sa

1. Conseil d'Etat, 3 février 1905, *Storch*, Rec., p. 116, S. 1907.3.33 avec la note de M. Hauriou, *Rev. du Droit public*, 1905, p. 346, avec la note de M. Jèze.

jurisprudence en examinant la légalité des actes d'exécution d'un service industriel pris en violation du cahier des charges d'une concession ou du règlement d'une régie¹.

*
* *

Le contrôle ouvert à l'usager éventuel d'un service public industriel apparaît donc d'ores et déjà très étendu, puisqu'il peut s'appliquer non seulement à la violation de la loi elle-même, mais encore à celle de tous les règlements d'organisation du service, et surtout du règlement particulier de la régie, du cahier des charges de la concession, c'est-à-dire de tous les actes fixant dans les moindres détails les modalités d'organisation et de fonctionnement du service. Si l'on ajoute que ce contrôle intéresse la violation à la fois des règles de fond et des règles de forme contenues dans ces différents textes, qu'il permet même de sanctionner la méconnaissance de l'esprit des textes, le détournement du pouvoir, l'organisation du service public apparaît soumise à un contrôle étroit de l'usager.

§ 2. LA VIOLATION DE PRINCIPES GÉNÉRAUX S'IMPOSANT MÊME EN L'ABSENCE DE TEXTES.

Mais le contrôle de l'usager n'est pas limité à l'observation de textes généraux ou particuliers. La jurisprudence en effet a dégagé un ensemble de principes s'imposant à l'administration, même en l'absence de tout texte. N'est-ce pas aujourd'hui une constatation banale que de voir dans notre droit administratif essentiellement une construction jurisprudentielle ? Parmi ces principes qui ont aujourd'hui la valeur de règles de droit positif, il en est de propres à l'organisation et au fonctionnement des services publics industriels : ainsi un département ou une commune ne peut créer un tel service que s'il présente un intérêt public départemental ou communal, et le Conseil d'Etat se

1. Conseil d'Etat, 1^{er} février 1907, *Aucoc fils et autres*, Rec., p. 126 ; 19 janvier 1912, *Marc et Bérenger*, Rec., p. 75 ; 26 décembre 1913, *Brosson*, Rec., p. 1298 ; 10 janvier 1919, *Chambrés syndicales de la ville de Paris et du département de la Seine*, Rec., p. 18 ; 10 janvier 1930, *Schmid*, Rec., p. 31.

reconnait le droit de contrôler si en fait cette condition est remplie; un monopole de droit ne peut être établi qu'en vertu d'une loi, etc. De ces différentes règles, nous en retiendrons deux, qui intéressent plus directement l'usager : 1° L'organisation et le fonctionnement d'un service public industriel ne doivent pas être conçus dans le but de réaliser des bénéfices; 2° Les usagers doivent se trouver, devant le service public, sur un pied d'égalité.

A. Un service public industriel ne doit pas être organisé dans le but de réaliser des bénéfices.

L'interdiction de créer et d'organiser un service dans le but de réaliser des bénéfices paraît à première vue en contradiction avec la notion même de service commercial : toute activité commerciale n'implique-t-elle pas un but spéculatif ? Mais un examen plus attentif permet de se rendre compte que cette interdiction, bien loin de contredire le caractère commercial du service, est indispensable pour que ce caractère se retrouve. En effet, on ne saurait considérer comme une exploitation commerciale celle d'un service dont les recettes seraient destinées à assurer l'équilibre budgétaire d'une collectivité administrative, d'un service où n'existerait pas une correspondance des recettes aux dépenses effectuées. Organiser un service public en vue de grossir les ressources du budget, c'est faire supporter par les usagers du service les charges générales de la collectivité publique, c'est établir un impôt sur les usagers : on est alors en présence non d'un service public industriel ou commercial, mais d'un service public fiscal, tel que, par exemple, le service des tabacs.

Mais si un service public industriel ou commercial ne doit pas être créé et organisé dans le but de réaliser des bénéfices, il doit pouvoir en réaliser. Examinant devant le Conseil d'Etat la question de l'imposition d'une commune à la contribution des patentes comme exploitant un service d'éclairage électrique, M. Blum, commissaire du gouvernement, indiquait que, d'après la jurisprudence, « l'acte de commerce, tel que l'article premier de la loi du 15 juillet 1880 a entendu le définir, est, avant tout et essentiel-

« lement non pas l'acte générateur d'un bénéfice réel, mais « l'acte générateur d'un bénéfice possible¹ ». Par simple transposition de cette formule, nous dirons que le service public commercial est un service qui, organisé en vue de satisfaire à un besoin collectif et non dans un but pécuniaire, est générateur de bénéfices possibles.

Cette notion a été pendant longtemps étrangère à la jurisprudence, qui se montrait hostile à toute réalisation de bénéfices par les collectivités locales dans l'exploitation des services publics, quel qu'en soit le caractère. Mais l'apparition et le développement de la notion juridique de service public commercial ont assoupli les solutions jurisprudentielles. On a reconnu d'abord la possibilité pour les collectivités administratives, dans le cas de service concédé, de récupérer les avances faites au concessionnaire au moyen d'une participation aux bénéfices. Puis l'on a naturellement été conduit à admettre que, du fait même de la concession, la collectivité fournit un apport dont elle peut demander la rémunération par un prélèvement sur les bénéfices. Il n'y avait plus de raison dès lors de lui refuser la possibilité de réaliser des bénéfices dans le cas d'un service exploité en régie, mais le juge administratif disposera d'un droit de regard sur les tarifs établis et pourra contrôler que ceux-ci ne présentent pas un caractère fiscal. Seuls sont licites les tarifs déterminés non dans un but fiscal mais seulement « en vue d'assurer l'exploitation dans des conditions normales du service industriel² ». Telle est donc la portée

1. Conseil d'Etat, 3 février 1911, *Commune du Mesle-sur-Sarthe*, Rec., p. 136, avec les concl. de M. Blum.

2. Conseil d'Etat, 21 février 1919, *Lachaux et autres*, Rec., p. 181, D. 1920.3.32 et la note; 10 février 1928, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais*, Rec., p. 222; v. également : Conseil d'Etat, 19 avril 1918, *Chapelon*, Rec., p. 343. — Les principes en la matière ont été posés par un Avis du Conseil d'Etat du 26 février 1919 : les Sections réunies de l'Intérieur et des Travaux publics étaient saisies, à l'occasion de la modification d'un traité d'électricité passé par la ville du Havre, d'une demande d'avis sur la question de savoir « si la législation actuelle ou du moins les principes généraux qui « sont à la base de notre droit administratif et particulièrement du droit « municipal font obstacle à ce que les communes puissent bénéficier, dans « une certaine mesure, de l'exploitation de leurs services publics, même « concédés, et s'il ne suffirait pas du contrôle que l'autorité supérieure, en « vertu de son droit de tutelle, exerce sur les délibérations des conseils « municipaux, pour prévenir les abus que les municipalités pourraient « être tentées de commettre et pour maintenir les tarifs dans des limites « proportionnées aux moyens des contribuables et des consommateurs ».

Voici le texte intégral de l'Avis : « Les Sections réunies,.... considérant

qu'il convient aujourd'hui de reconnaître aux dispositions de la loi municipale qui prévoient, parmi les recettes du budget ordinaire de la commune « le produit... des concessions autorisées pour les services communaux » ainsi que « le produit des régies municipales » (loi du 5 avril 1884, art. 133-10° et art. 133-14° modifié par le décret du 5 novembre 1926).

Ces principes se trouvent parfois écartés par des dispositions législatives contraires : tel est le cas de l'article 9 de la loi du 15 juin 1906 qui exclut en règle générale toute participation des collectivités administratives aux bénéfices des services concédés de distribution d'énergie électrique. Les seuls avantages que la collectivité concédante puisse tirer de l'exploitation de ces services sont le montant des redevances pour occupation du domaine public et le bénéfice des prix réduits d'abonnement qui seraient accordés aux services publics pour des fournitures équivalentes. Cette règle exceptionnelle apparaît assez malheureuse : il ne semble guère y avoir de considérations propres aux services de distribution d'énergie électrique, qui justifient une dérogation aux principes généralement admis. Aussi la pratique administrative s'est-elle efforcée de donner de la disposition de l'article 9 une application aussi souple que possible. Cette disposition a été interprétée comme ne prévoyant que la concession pure et simple, sans apport d'aucune sorte du concédant en dehors de la concession

« qu'aucune disposition de la loi municipale n'interdit aux communes de
 « tirer des services publics qu'elles peuvent légalement exploiter, en régie
 « et par voie de concession, des ressources susceptibles d'être affectées aux
 « dépenses générales de leurs budgets; qu'une pratique administrative
 « constante admet des tarifs d'où résultent pour les communes, sous forme
 « de redevances ou de partage de bénéfices, des recettes plus ou moins
 « importantes; que, d'ailleurs, les régies municipales doivent nécessairement
 « comporter une marge de bénéfices pour éviter les risques de pertes; mais
 « qu'il appartient aux autorités chargées de l'exercice des pouvoirs de tutelle
 « de veiller à ce que les tarifs fixés ne soient pas exagérés; — Considérant,
 « toutefois, que des textes législatifs spéciaux ont prévu pour certains ser-
 « vices des taxes maxima et limité les charges pécuniaires qui pourraient
 « être imposées aux concessionnaires, qu'ainsi, notamment, la loi du 15 juin
 « 1906 dispose dans son article 9 que « l'acte de concession ne peut impo-
 « ser aux concessionnaires une charge pécuniaire autre que les redevances
 « prévues au paragraphe 7 de l'article 18, ni attribuer à la commune des
 « avantages particuliers autres que les prix réduits d'abonnement qui se-
 « raient accordés aux services publics pour des fournitures équivalentes »; —
 « Sont d'avis qu'une commune est en droit — sous les réserves indiquées —
 « de réaliser des bénéfices dans l'exploitation des services publics à carac-
 « tère industriel, en régie ou concédés ».

elle-même : si le concédant apporte un concours effectif au concessionnaire, si par exemple il lui fournit tout ou partie du matériel du service, il pourra demander à être rémunéré de son apport par une participation aux bénéfices. La règle de l'article 9, dérogeant à un principe général, doit être interprétée strictement.

On s'est même demandé si elle ne devait pas être regardée comme abrogée, au moins au regard des communes, par la disposition du décret-loi du 28 décembre 1926 qui prévoit la possibilité pour ces dernières collectivités de souscrire des actions dans des entreprises exploitant des services d'intérêt public. Il nous paraît bien difficile de l'admettre : par application des principes généraux du droit, le décret-loi du 28 décembre 1926, texte général, laisse subsister l'article 9 de la loi de 1906, texte spécial. Une commune ne pourrait donc se voir attribuer des actions dans une entreprise concessionnaire de distribution d'énergie électrique qu'en contre-partie d'apports effectifs.

L'ensemble de ces règles, principes et textes, qui fixent les limites dans lesquelles les collectivités administratives peuvent réaliser des bénéfices dans la gestion des services publics industriels et commerciaux sont essentiellement protectrices des usagers, car elles font obstacle à ce que leur soit imposée une charge excessive au regard de la prestation fournie. Les usagers pourront, par les voies de droit qui leur sont ouvertes contre les actes d'organisation des services, notamment contre les tarifs, veiller au respect de ces règles protectrices.

B. L'égalité devant le service public.

C'est un principe général de notre droit public que celui de l'égalité devant le service public. Il est de l'essence des services publics de fonctionner au profit de tous et non au profit de quelques-uns. Ayant pour but de satisfaire des besoins collectifs et non des intérêts particuliers, ils ne répondent à leur fin que si tous les bénéficiaires possibles du service y ont également accès.

La règle d'égalité a d'ailleurs été consacrée par de nombreux textes concernant les services publics industriels. Ainsi l'article 48, alinéa 4, du cahier des charges des

grandes compagnies de chemins de fer prévoit que « la perception des taxes devra se faire indistinctement et « sans faveur », et l'article 69 du décret du 11 novembre 1917 précise que « la compagnie est tenue d'effectuer... « sans tour de faveur les transports des marchandises, « bestiaux et objets de toute nature qui lui sont confiés ». De même le cahier des charges-type, approuvé par le décret du 30 août 1917, des régies municipales de distribution d'énergie électrique dispose en son article 11 que « si « la régie abaisse pour certains abonnés les prix de vente « de l'énergie pour l'éclairage électrique, avec ou sans « conditions, au-dessous des limites fixées par le tarif « maximum prévu ci-dessus, elle sera tenue de faire bénéficier des mêmes réductions tous les abonnés placés « dans les mêmes conditions de puissance, d'horaire, d'utilisation, de consommation et de durée d'abonnement ». La même règle, rédigée dans les mêmes termes, se retrouve dans l'article 11 des cahiers des charges-types, approuvés par les décrets du 17 janvier 1928, des concessions de distribution d'énergie électrique.

Mais ces différentes dispositions se bornent à appliquer un principe général qui s'impose, en l'absence de texte, dans l'organisation et le fonctionnement de tout service public : la jurisprudence l'a maintes fois affirmé. En ce qui concerne par exemple les chemins de fer, les textes que nous avons cités, malgré leur généralité, ne prévoient pas tous les cas où un usager peut demander les prestations du service : en particulier ils ne prohibent les tours de faveur que pour l'expédition des marchandises et non pour la fourniture des wagons par le réseau ; il est cependant certain qu'« une compagnie des chemins de fer serait en « faute si elle favorisait un expéditeur au détriment d'un « autre par une répartition arbitraire des wagons disponibles¹ ». De même les règlements en vigueur ne prévoient pour les périodes d'ouverture des gares que des minima, et les réseaux peuvent fixer des heures d'ouverture plus matinales et de fermeture plus tardives, « mais « à la condition, nécessaire pour le maintien de l'égalité « de traitement, que cette dérogation ait lieu par voie de « mesure générale, et s'applique sans distinction à tous les

1. Cass. Civ., 3 août 1922, *Chemins de fer de l'Etat c. Alriq*, S. 1923.1.38.

« expéditeurs et à toutes les marchandises¹ » (il ne s'agissait en l'espèce que du service de la grande vitesse). Le Conseil d'Etat, d'autre part, dans des matières où il n'existe pas de textes généraux, par exemple à l'égard de services de distribution d'eau, a fréquemment annulé des dispositions de règlements particuliers comme prises en violation du principe d'égalité².

Mais la portée de ce principe a besoin d'être précisée : il ne s'agit en effet que d'une égalité relative, d'une égalité entre usagers remplissant les mêmes conditions. Comment doit s'apprécier cette identité de conditions ? La règle est que doivent être traités sur un pied d'égalité les usagers se trouvant dans la même situation vis-à-vis du service. Une différence de situation peut résulter d'abord d'une considération de lieu : la généralité du service ne saurait permettre à tous les habitants du territoire d'une commune de réclamer comme un droit la même organisation à leur profit d'un service ; le service public doit tendre le plus possible à desservir tous les habitants mais ce ne peut être là une obligation juridique pour la commune ; un conseil municipal peut ainsi légalement décider de n'électrifier que le centre de la commune, à l'exclusion de deux hameaux³. Rien ne s'oppose davantage à ce qu'une commune cesse d'exploiter un service public sur une partie de son territoire, pourvu toutefois que cette modification apportée à l'organisation du service soit motivée par des considérations tirées de difficultés matérielles d'exploitation ou des répercussions financières qu'aurait le maintien de la situation antérieure et non par des préoccupations étrangères à l'intérêt général⁴.

En second lieu il n'y a d'égalité nécessaire qu'entre les usagers demandant au service des prestations du même ordre. Tel est le sens des clauses citées plus haut des cahiers des charges-types des régies et concessions de distribution d'énergie électrique qui n'imposent l'égalité qu'entre les abonnés « placés dans les mêmes conditions de puissance,

1. Cass. Civ., 9 février 1915, *Chemins de fer P. L. M. c. Bressat et Cie*, S. 1916.1.32, D. 1916.1.166.

2. V. notamment Conseil d'Etat, 10 février 1928, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais*, Rec., p. 222.

3. Conseil d'Etat, 1^{er} mai 1929, *Robert Grandjean*, Rec., p. 439.

4. Conseil d'Etat, 24 déc. 1920, *Valin*, Rec., p. 1117.

« d'horaire, d'utilisation, de consommation et de durée
« d'abonnement ». A la même idée répond la possibilité
d'appliquer des tarifs différents aux usagers qui, à raison
même de l'organisation du service, ne peuvent bénéficier
de prestations identiques¹.

En troisième lieu, des usagers qui demandent au service public les mêmes prestations dans les mêmes conditions peuvent cependant être traités différemment si l'usage auquel ils destinent le produit de ces prestations présente un intérêt inégal du point de vue général : le règlement d'un service de distribution d'eau pourrait accorder un traitement de faveur aux usagers qui destinent l'eau fournie à l'alimentation. Il semble même que des tarifs différents puissent être appliqués suivant les ressources des usagers, au moins lorsque les prestations servies présentent un caractère de nécessité certaine, ou tout au moins d'utilité générale, par exemple un intérêt de salubrité publique, comme c'est le cas pour les services de distribution d'eau potable.

Enfin des dérogations peuvent être apportées à la règle d'égalité dans l'intérêt du fonctionnement même du service public. Un règlement peut légalement reconnaître « la
« possibilité de rejeter, dans l'intérêt des services publics
« ou pour maintenir les droits acquis, les demandes de
« concessions nouvelles qui seraient de nature à compro-
« mettre le fonctionnement des dits services ou la desserte
« des concessions antérieures² ». Fréquemment d'ailleurs un délai est prévu, dans lequel le service doit se mettre en mesure de fournir les prestations demandées.

Ainsi se trouve précisée la portée exacte de la règle de l'égalité des usagers devant les services publics industriels. C'est là un principe fondamental, qui domine toute la situation des usagers, détermine leurs droits et justifie leurs obligations. Mais il s'impose surtout à l'administration et

1. Conseil d'Etat, 10 février 1928, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais*, Rec., p. 222 : le règlement de la régie de distribution d'eau de Marseille a pu légalement établir des tarifs différents pour les consommateurs de la banlieue de Marseille et pour ceux de l'agglomération, parce que ces derniers « jouissent d'avantages dont sont privés ceux qui demeurent » dans la banlieue (canalisation distincte pour l'eau destinée aux usages domestiques, moindre chômage, épuration de l'eau par passage dans des bassins de décantation).

2. Conseil d'Etat, 10 février 1928, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais*, précité.

aux concessionnaires qu'elle se substitue, et doit être respecté par tous les textes, par toutes les mesures prises pour assurer l'organisation et le fonctionnement des services.

*
* *

Interdiction de poursuivre un but fiscal et obligation de maintenir l'égalité des usagers, ces deux principes dominent l'organisation et le fonctionnement des services publics industriels, mais l'on pourrait en citer bien d'autres qui s'imposent avec la même force. Ces exemples permettent surtout de déterminer la portée du contrôle que peuvent exercer les usagers sur cette organisation et ce fonctionnement. Si ample que soit ce contrôle il reste un contrôle de légalité, limité à l'observation des règles de droit. Les considérations d'opportunité lui échappent; plus exactement les usagers ne disposent pas de moyen juridique de faire valoir de telles considérations¹, ils ne peuvent que tenter soit individuellement, soit collectivement par l'intermédiaire de leurs groupements, de faire pression sur les autorités ou assemblées dans les attributions desquelles rentre l'organisation du service en cause. Ces moyens d'action politiques ne sont pas nécessairement les moins efficaces : aussi ne saurions-nous les négliger. Mais ils échappent, par définition même, à toute analyse juridique.

Section II. — Moyens de contrôle.

Si le contrôle ouvert aux usagers est essentiellement un contrôle de légalité, les moyens par lesquels ce contrôle s'exercera seront des voies de droit, des recours contentieux, en pratique le recours pour excès de pouvoir avec ses succédanés tels que le recours ouvert par les articles 63 et suivants de la loi du 5 avril 1884 contre les délibérations des conseils municipaux. Mais l'importance, la primauté de ces voies de droit contentieuses n'exclut cependant pas

1. Plusieurs applications de l'impossibilité pour le Conseil d'Etat statuant au contentieux d'exercer un contrôle sur l'opportunité des mesures d'organisation des services publics ont été faites dans l'arrêt, maintes fois cité au cours des développements précédents, du 10 février 1928, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais*, Rec., p. 222.

la possibilité pour l'usager de former, dans l'exercice même du contrôle de légalité, des recours administratifs, préalables utiles et parfois nécessaires du recours pour excès de pouvoir.

§ 1. LES RECOURS ADMINISTRATIFS.

Les recours administratifs sont ceux qui sont portés devant l'autorité administrative compétente pour assurer l'organisation du service ou, le cas échéant, devant l'autorité hiérarchique supérieure et tendent à obtenir soit le retrait ou la réformation de mesures d'organisation déjà prises soit l'établissement même d'une organisation volontairement ou involontairement négligée. Ils prennent le nom de recours gracieux s'ils sont portés devant l'autorité qui a accompli l'acte critiqué ou qui s'est abstenue de prendre la mesure demandée : il y a là un simple appel à l'administration mieux informée. Il y a au contraire recours hiérarchique si le recours est porté devant le supérieur hiérarchique de l'autorité dont l'action ou l'abstention est critiquée : ce recours bien entendu ne peut être formé que contre les décisions d'autorités soumises à un lien hiérarchique ; à l'égard des actes des autorités décentralisées, on peut simplement demander à l'autorité de tutelle d'user des pouvoirs que lui confère limitativement la loi.

Ces deux catégories de recours ne sont soumis en principe à aucune règle restrictive. Ils apparaissent en effet avant tout comme des moyens, pour ceux qui les exercent, de faire valoir auprès de l'administration des considérations d'opportunité. A ce titre ils peuvent être formés par n'importe qui, sans condition de formes ni de délais, et fondés sur tout moyen. Mais ils n'ont alors aucune portée juridique à l'égard de l'administration, qui n'est nullement tenue d'en faire état ; ils n'ont qu'un effet moral.

Et si la jurisprudence a donné au cours des dernières années une efficacité croissante aux recours administratifs, en tant que préalables au recours pour excès de pouvoir, c'est en les soumettant à la plupart des conditions d'ouverture de ce dernier recours, sinon quant à la forme, du moins quant à la qualité et au délai.

Lorsqu'un usager entend contester la légalité de l'organisation ou tout au moins d'une mesure d'organisation d'un service public, il peut avoir intérêt à s'adresser non directement au Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir, mais d'abord à l'auteur de la mesure critiquée, ou à l'autorité disposant à son égard d'un pouvoir hiérarchique ou de tutelle : cette voie lui permet en effet de faire valoir, en sus des moyens de légalité qui seuls peuvent être utilement présentés devant le Conseil d'Etat, des considérations d'opportunité et d'équité; d'autre part, elle évite les frais, si peu importants qu'ils soient, du recours contentieux. Ce recours gracieux ou hiérarchique, s'il est formé dans le délai d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, interrompt ce délai jusqu'à la décision de l'autorité administrative à laquelle il est adressé, indéfiniment si cette autorité ne prend aucune décision¹. C'est donc là une garantie supplémentaire pour l'intéressé qui peut s'adresser à l'administration pour faire valoir ses griefs tout en conservant tous les avantages du recours pour excès de pouvoir.

Mais les recours administratifs n'ont pas seulement pour intérêt de provoquer de la part de l'administration avant l'introduction du recours contentieux un nouvel examen des mesures critiquées; ils permettent surtout aux intéressés de contester la légalité des abstentions mêmes de l'administration. Tout d'abord, si l'administration a l'obligation de procéder à l'organisation d'un service déterminé, le recours administratif par lequel l'administration est invitée à agir aboutira, s'il n'y est pas donné satisfaction, soit à une décision expresse de refus, soit à une décision implicite de rejet résultant du silence gardé plus de quatre mois sur le recours, décisions qui, dans l'un et l'autre cas, sont susceptibles d'être déférées au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir².

La portée du recours administratif a été, sur ce point,

1. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, p. 149.

2. L'arrêt du Conseil d'Etat du 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli à Bordeaux* (Rec., p. 961, avec les concl. de M. Romieu) fait, à propos du fonctionnement d'un service concédé, une application particulièrement importante de ces principes : nous aurons à l'étudier au chapitre II du présent titre.

considérablement accrue par la jurisprudence récente qui ouvre le recours pour excès de pouvoir contre les décisions administratives refusant de revenir sur une réglementation, malgré la disparition des circonstances qui avaient motivé légalement cette réglementation¹. Dans l'ordre d'idées qui nous intéresse, cette jurisprudence permet de remettre en question l'organisation d'un service public industriel en cas de « changement survenu dans les circonstances qui « ont pu motiver légalement » cette organisation. L'intérêt capital de ce principe nouveau est d'ouvrir sur l'organisation et le fonctionnement d'un service public un contrôle fondé non plus seulement sur les vices internes des règles qui ont fixé cette organisation et ce fonctionnement mais aussi sur des circonstances extérieures, intervenant après coup, en tant que les règles primitivement adoptées sont en droit incompatibles avec elles. Les règles établies pendant en quelque sorte leur cause juridique, l'administration est tenue de les modifier, et elle peut y être contrainte sous la sanction du recours pour excès de pouvoir éventuellement ouvert contre son refus. Les recours administratifs ne sont donc pas de simples moyens de contrôle politique, de contrôle de l'opportunité. Ils jouent un rôle capital dans le contrôle juridique de l'organisation des services publics car leur intervention préalable est nécessaire pour permettre au juge de l'excès de pouvoir d'exercer un contrôle sur le maintien de règles qui ont cessé d'être adaptées à la législation et aux circonstances.

§ 2. LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR.

Le recours pour excès de pouvoir, tendant à l'annulation *erga omnes* des actes administratifs illégaux est le moyen normal, essentiel, de contrôle contentieux de l'administration. C'est grâce à ce recours que les usagers éventuels des services publics industriels pourront contrôler la légalité de l'organisation de ces services. Nous ne ferons pas une place à part au recours ouvert par les articles 63

1. Conseil d'Etat, 10 janvier 1930, *Despujol*, Rec., p. 29, S. 1931.3.41, avec la note de M. Alibert; 28 novembre 1930, *Venture et autres*, Rec., p. 1910, D. H., 1931, p. 56.

et suivants de la loi du 5 avril 1884 contre les délibérations des conseils municipaux. Ce recours, en effet, ne se distingue du recours pour excès de pouvoir que par des règles de procédure : il n'est subordonné à aucune condition de délai, il est porté en premier ressort devant le préfet, et seulement ensuite devant le Conseil d'Etat. Pour le surplus, quant aux conditions de recevabilité comme quant aux moyens qui peuvent être invoqués, il se confond avec le recours pour excès de pouvoir. Il n'y a lieu d'ailleurs d'examiner ici ces recours qu'au point de vue de leurs caractères propres en tant que moyens de contrôle ouverts à l'usager sur l'organisation du service public industriel et commercial. Ces caractères propres se rattachent d'une part à la qualité de l'usager pour former un recours pour excès de pouvoir, d'autre part aux conséquences de la nature particulière des actes d'organisation des services industriels sur l'ouverture du recours, enfin, aux pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir en cas de recours fondé sur la violation du cahier des charges d'une concession.

A. Qualité pour former un recours pour excès de pouvoir.

Le recours pour excès de pouvoir contre une mesure d'organisation d'un service public industriel peut être formé soit par un usager individuellement considéré soit par un groupement d'usagers.

1. L'usager.

Que signifie la règle, aujourd'hui admise d'une manière certaine, d'après laquelle la qualité d'usager confère un intérêt suffisant pour l'exercice du recours pour excès de pouvoir ? Le principe général est qu'à qualité pour former un recours pour excès de pouvoir toute personne ayant un intérêt personnel au respect de la règle de droit méconnue. Mais cette notion d'intérêt personnel a beaucoup évolué. Le Conseil d'Etat n'a d'abord reconnu un tel intérêt qu'aux particuliers lésés comme tels, dans l'exercice de leurs facultés individuelles, d'un commerce, d'une industrie, du droit de propriété. C'est seulement dans les premières années du siècle qu'il a admis l'électeur, puis le contribuable local à

former en cette qualité des recours pour excès de pouvoir; et c'est tout récemment que la qualité d'habitant d'une commune a été admise par le Conseil d'Etat¹. La qualité d'usager apparaît dans la jurisprudence à peu près en même temps que celle de contribuable. C'est, comme le contribuable, comme l'électeur, en tant que membre de la collectivité administrative que l'usager du service public se voit ouvrir le recours pour excès de pouvoir; parfois même la qualité d'usager apparaît liée à celle d'habitant et c'est l'« habitant usager » qui est déclaré recevable à se pourvoir².

A première vue il y a là quelque chose de paradoxal. En tant que requérant, l'usager paraît se rapprocher beaucoup plus du commerçant ou du propriétaire qui défend ses propres intérêts, que du contribuable ou de l'habitant de la commune intervenant comme défenseurs d'un patrimoine collectif. Mais si l'on examine attentivement la jurisprudence, il est facile d'apercevoir que le paradoxe n'est qu'apparent : il tient à une définition insuffisamment précise de la notion d'usager. Lorsque les arrêts du Conseil d'Etat parlent de l'usager, ils n'envisagent pas en réalité le particulier usant effectivement du service public, titulaire par exemple d'une police d'abonnement au gaz ou à l'électricité : nous aurons même à nous demander dans la deuxième partie de cette étude si le recours pour excès de pouvoir est ouvert à l'usager ainsi entendu. La jurisprudence en réalité vise non l'usager réel mais l'usager virtuel, celui pour qui le service est fait, qu'il use ou non effectivement de ce service. C'est pourquoi la notion d'usager se confond dans une très large mesure avec celle d'habitant. La première fois que le Conseil d'Etat a reconnu formellement à des usagers la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir en cette qualité, il s'agissait d'habitants et de contribuables d'un quartier d'une grande ville qui se plaignaient du non fonctionnement d'un service de

1. Sur cette évolution, voir Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, p. 96 et s. — Sur la qualité de l'habitant : Conseil d'Etat, 6 février 1931, *dame Doré*; 18 décembre 1931, *Fenaille et autres*, S. 1932.3.14 avec les concl. de M. Ettore; 29 avril 1932, *Cayez et autres*, S. 1932.3.96.

2. Conseil d'Etat, 12 juillet 1918, *Lefebvre*, Rec., p. 698.

tramways¹. Depuis lors le Conseil d'Etat n'a pas eu fréquemment à faire état de cette qualité d'usager, car le plus souvent le requérant est en même temps recevable à se pourvoir à un autre titre, par exemple comme contribuable². Mais lorsqu'il l'invoque expressément, il ne relève jamais que l'intéressé use effectivement du service en vertu d'une police ou autrement, il se borne à constater sa qualité d'« usager des services municipaux »³. C'est donc bien non l'usage, mais la vocation à l'usage du service public industriel qui confère qualité pour déférer au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir les actes intéressant l'organisation et le fonctionnement de ce service.

2. Le groupement d'usagers.

L'usager le plus souvent n'est pas en mesure de critiquer devant le juge administratif l'organisation du service. Il ne connaît pas les règles d'organisation, il n'a pas la compétence nécessaire pour apercevoir, le cas échéant, leur illégalité. Aussi l'intervention de groupements d'usagers est-elle ici particulièrement utile, et, en pratique, la plupart des décisions rendues en cette matière par le Conseil d'Etat l'ont été sur le recours de tels groupements. Il est curieux de constater que la recevabilité des pourvois de ces groupements a toujours été admise sans discussion : aucun arrêt à notre connaissance n'a motivé cette recevabilité. Aussi bien celle-ci n'est-elle pas douteuse, sauf à en déterminer l'exakte portée.

L'examen de la jurisprudence montre que les groupements requérants n'ont pas toujours le même caractère : ce sont tantôt des syndicats professionnels, tantôt des associations de la loi du 1^{er} juillet 1901. Il est fréquent de

1. Conseil d'Etat, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli à Bordeaux*, Rec., p. 961, S. 1907.3.33 avec la note de M. Hauriou.

2. V. notamment Conseil d'Etat, 7 décembre 1923, *Renard et Dumay*, Rec., p. 820. La jurisprudence a d'ailleurs donné une très grande extension à la qualité de contribuable; ainsi tout habitant de l'Afrique Occidentale Française, étant présumé payer des impôts indirects, est à ce titre, comme contribuable, recevable à critiquer les actes du Gouvernement Général ayant une portée financière : Conseil d'Etat, 24 juin 1932, *Galand ou Diouf et Louis Martin*.

3. V. notamment, Conseil d'Etat, 12 juillet 1918, *Lefebvre*, Rec., p. 698; 10 janvier 1930, *Schmid*, Rec., p. 31 (*sol. impl.*).

voir des syndicats de propriétaires former des recours contre des règlements relatifs à l'organisation ou au fonctionnement d'une distribution d'eau, de gaz ou d'électricité¹. Ces groupements interviennent en principe pour la défense des intérêts professionnels des propriétaires immobiliers, leurs membres, c'est-à-dire du droit de propriété immobilière. Mais il suffit de parcourir les arrêts par lesquels le Conseil d'Etat a statué sur leurs pourvois pour se rendre compte que la recevabilité de ces pourvois n'a pas été limitée aux dispositions susceptibles de porter atteinte au droit de propriété, mais a été admise pour l'ensemble de la réglementation des services industriels en cause. Le Conseil d'Etat a donc admis implicitement que la qualité de propriétaire impliquait celle d'usager et que la défense des intérêts professionnels des propriétaires comportait celle des intérêts, envisagés globalement, des usagers du service. Dans d'autres cas d'ailleurs l'on se trouve en présence de syndicats professionnels dont les membres ont presque pour profession d'user du service public : tel n'est-il pas le cas du syndicat national des propriétaires de wagons-réservoirs que le Conseil d'Etat a reconnu recevable à attaquer l'arrêté ministériel homologuant un nouveau tarif commun relatif aux transports par wagons-réservoirs²?

Diverses associations formées par application de la loi du 1^{er} juillet 1901 ont également été déclarées recevables à se pourvoir contre des mesures d'organisation des services³. C'est là la forme normale des groupements d'usagers, ceux-ci n'ayant pas en général des intérêts professionnels communs, mais seulement un même intérêt à la régularité de l'organisation et du fonctionnement du service public.

1. V. notamment Conseil d'Etat, 19 janvier 1912, *Marc et Bérenger* Rec., p. 75 (Chambre syndicale des propriétaires immobiliers de la ville de Paris); 10 janvier 1919, *Chambres syndicales de la ville de Paris et du département de la Seine* Rec., p. 18 (*id.*); 24 mars 1922, *Favatier*, Rec., p. 263 (Syndicat de la propriété bâtie de Narbonne); 10 février 1928, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais*, Rec., p. 222.

2. Conseil d'Etat, 27 juillet 1928, *Syndicat national des propriétaires de wagons-réservoirs*, Rec., p. 956.

3. Conseil d'Etat, 9 mars 1917, *Association des intérêts communs du Pecq l'Ermitage*, Rec., p. 234; 10 janvier 1919, *Chambres syndicales de la ville de Paris et du département de la Seine*, Rec., p. 18 (Association des consommateurs de gaz et d'électricité); 11 mai 1928, *Mehaignery et Mouroux*, Rec., p. 610 (Association des propriétaires et principaux locataires de l'arrondissement de La Rochelle); 4 janvier 1929, *Ligue des abonnés au téléphone de Marseille*, Rec., p. 8, avec les concl. de M. Dayras.

Existe-t-il une différence, quant à la recevabilité de leurs pourvois, entre ces deux catégories de groupements, entre le syndicat professionnel et l'association de la loi de 1901 ? La jurisprudence judiciaire semble l'admettre, bien que des arrêts récents marquent une certaine indécision : d'une manière générale, tandis que l'action syndicale est ouverte dès qu'un intérêt légitime de la profession est lésé, alors même qu'aucun des membres du syndicat ne serait en mesure d'exercer une action personnelle, les tribunaux paraissent limiter l'action de l'association aux cas où un ou plusieurs membres du groupement seraient en droit d'exercer une action individuelle¹. Quelle que soit la portée exacte qu'il convienne de reconnaître à cette jurisprudence sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, il est certain que le Conseil d'Etat, sur le terrain de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, rejette formellement cette distinction. Les associations sont déclarées recevables parce qu'elles interviennent pour la défense d'intérêts collectifs, et sans que soit aucunement considérée la recevabilité éventuelle d'un recours formé par leurs membres. Dans un cas particulièrement net, l'association requérante s'était vu opposer par l'administration une fin de non-recevoir tirée de ce que la décision attaquée ne lèserait que l'intérêt individuel de ses membres et non leur intérêt collectif. Le commissaire du gouvernement, loin de répondre, selon la formule de M. Esmein², que « l'action sociale » n'est que l'action ou les actions individuelles exercées « socialement », s'est attaché à démontrer le caractère collectif du recours introduit³.

L'indépendance de l'action collective et de l'action individuelle peut même aller jusqu'à autoriser l'action collective dans des cas où l'action individuelle ne serait pas admise. Nous verrons ultérieurement que la jurisprudence n'a reconnu qu'à une époque toute récente la recevabilité des recours pour excès de pouvoir formés contre des actes d'organisation d'un service par des usagers titulaires

1. V. note de M. Esmein sous Nîmes, 13 février 1930, S. 1932.2.177, et les arrêts cités. V. *infra*, titre II, chap. III, Section III.

2. Note précitée, S. 1932.2.177.

3. Concl. de M. Romieu sous Conseil d'Etat, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli à Bordeaux*, Rec., p. 961.

d'un contrat d'abonnement à ce service. Il ne nous paraît pas douteux qu'une association, même composée exclusivement de tels usagers, eût été recevable à former un recours même alors qu'aucun de ses membres n'eût pu le faire. Au regard du groupement, peu importe en effet que nous soyons en présence d'usagers virtuels ou d'usagers actuels, car l'intérêt collectif des uns et des autres à la régularité de l'organisation du service est le même.

Somme toute, les groupements d'usagers, qu'ils comprennent des usagers virtuels, comme c'est le cas général, ou uniquement des usagers actuels, sont également recevables à attaquer, par la voie du recours pour excès de pouvoir, les actes d'organisation du service. L'irrégularité de ceux-ci lèse en effet, dans tous les cas, l'intérêt collectif que le groupement a mission de défendre.

*B. Actes susceptibles d'être attaqués
par la voie du recours pour excès de pouvoir.*

La multiplicité des actes et textes concourant à l'organisation et au fonctionnement d'un service public industriel, les hésitations de la jurisprudence sur le caractère de ces différents actes et textes ont rendu pendant longtemps assez imprécise la portée du recours pour excès de pouvoir en ce domaine. Mais le développement des services industriels en même temps que l'évolution de la théorie du recours pour excès de pouvoir ont conduit le Conseil d'Etat à des solutions aujourd'hui certaines. Tous les textes, toutes les mesures intervenant pour fixer l'organisation et le fonctionnement d'un service public industriel ont, par nature, un caractère réglementaire. Il n'en résulte pas cependant que le recours pour excès de pouvoir soit dans tous les cas également ouvert : c'est, en effet, dans une très large mesure, la forme des actes et non leur fond, qui, dans notre droit, en détermine le caractère. Suivant que les actes d'organisation du service public industriel prendront la forme d'actes législatifs, d'actes administratifs unilatéraux ou d'actes contractuels, le recours sera plus ou moins largement ouvert.

1. Actes législatifs.

Toute loi, ou, plus exactement, tout acte pris en la forme législative, échappe au contrôle du juge, et cela même au cas, d'ailleurs bien improbable, où l'on pourrait arguer d'une violation des lois constitutionnelles. Pendant longtemps le Conseil d'Etat a refusé, par voie de conséquence, de connaître de la légalité des règlements d'administration publique où il voyait l'exercice d'une délégation du pouvoir législatif. Cette jurisprudence, qui reposait sur une analyse inexacte de la délégation du législateur, est aujourd'hui abandonnée : elle l'a été pour la première fois à l'occasion d'un règlement d'administration publique intéressant l'organisation des chemins de fer d'intérêt général¹.

2. Actes administratifs unilatéraux.

A l'heure actuelle les règlements d'administration publique ne se distinguent en rien, quant à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, des autres règlements administratifs : le recours est également ouvert dans tous les cas contre tous ces règlements. Au nombre de ceux-ci doivent être compris non seulement les actes portant création du service et en définissant la portée², mais également les textes en fixant les conditions de fonctionnement, tels par exemple les règlements intérieurs de régies³.

A notre sens, le recours pour excès de pouvoir est ouvert dans les mêmes conditions contre les cahiers des charges des concessions, qu'il s'agisse d'un cahier des charges-type ou du cahier des charges propre à une concession déterminée mais non encore accordée : il n'est pas douteux que jusqu'à l'octroi de la concession ces textes ont le caractère d'actes administratifs unilatéraux ; il s'agit seulement de

1. Conseil d'Etat, 6 décembre 1907, *Compagnies de chemins de fer*, Rec., p. 913, avec les concl. de M. Tardieu.

2. Conseil d'Etat, 1^{er} mai 1929, *Robert Grandjean*, Rec., p. 182.

3. Conseil d'Etat, 21 février 1919, *Lachaux et autres*, Rec., p. 439; 24 mars 1922, *Favatier*, Rec., p. 263; 11 mai 1928, *Mehaignery et Mouroux*, Rec., p. 610.

savoir s'ils font grief. Nous voyons mal sur quel fondement pourrait être établie une distinction entre le règlement intérieur d'une régie et le cahier des charges d'une concession éventuelle : dans l'un et l'autre cas, quoique sur des plans différents, il s'agit de textes devant servir de base à des contrats à venir; dans l'un et l'autre cas, selon les termes mêmes employés par le Conseil d'Etat dans un de ses arrêts, aucun traité ne pourra être conclu qu'aux conditions prévues par le texte¹. La jurisprudence ne s'est jamais prononcée à notre connaissance sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les cahiers des charges, si ce n'est dans un arrêt déjà ancien, à propos d'actes préparatoires (serie de prix, etc.) à l'adjudication d'un marché de travaux publics, pour exclure cette recevabilité². Mais il a fréquemment admis des recours dirigés contre des règlements administratifs fixant l'organisation et le fonctionnement de services concédés³ : ces règlements n'avaient pas la forme de cahiers des charges, mais il ne nous paraît pas que la nature juridique en soit différente. Si l'on envisage spécialement le point de vue des usagers, ils leur font grief au même titre.

Par contre doivent échapper au recours pour excès de pouvoir les instructions d'ordre intérieur qui fixent la conduite à tenir par les agents du service sans créer de droits au profit des tiers ni pouvoir leur être opposés. Ce sera une question d'espèce que d'apprécier si une instruction fait ou non grief aux usagers et, par suite, est ou non susceptible de recours pour excès de pouvoir.

3. Actes contractuels.

Seuls les actes administratifs unilatéraux peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Or toutes les fois qu'un service public industriel est exploité en concession, ses règles d'organisation et de fonctionnement sont

1. Conseil d'Etat, 19 janvier 1912, *Marc et Bérenger*, Rec., p. 75.

2. Conseil d'Etat, 21 mars 1890, *Chambre syndicale des entrepreneurs de la ville de Paris et sieurs Bougaux et autres*, Rec., p. 317, avec les concl. de M. Levavasseur de Précourt.

3. V. notamment, Conseil d'Etat, 6 décembre 1907, *Compagnies de chemins de fer* Rec., p. 913; 19 janvier 1912, *Marc et Bérenger*, Rec. p. 75; 26 décembre 1913, *Brosson*, Rec., p. 1298.

incluses dans le contrat de concession. Ce contrat, de même que les avenants qui peuvent le compléter ultérieurement, échappe au contrôle du juge de l'excès de pouvoir¹.

Mais ce principe n'est entièrement vrai que pour le recours formé directement contre le contrat de concession ou l'avenant. Les intéressés disposent de moyens détournés d'amener le juge de l'excès de pouvoir à contrôler la légalité des règles d'organisation incluses dans le contrat : tout d'abord, comme nous venons de le voir, ils peuvent attaquer le cahier des charges tel qu'il est arrêté et publié avant l'octroi de la concession. En second lieu et surtout les actes administratifs unilatéraux concourant à la formation d'un contrat peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir fondé non seulement sur les vices propres de ces actes mais aussi sur les illégalités que contiendrait le contrat à la formation duquel ils concourent.

Mais c'est là encore une règle qui n'a pas été admise sans peine par la jurisprudence. Pendant longtemps une fin de non-recevoir a été opposée aux recours pour excès de pouvoir dirigés contre les actes s'incorporant à un contrat; lorsqu'il s'agissait même d'actes préalables à la conclusion du contrat et susceptibles par eux-mêmes d'un tel recours, ce recours devenait irrecevable du moment où le contrat était définitif. La préoccupation qui paraît avoir inspiré cette jurisprudence était le souci de sauvegarder les droits nés du contrat et de son exécution en les laissant sous la protection du juge de ce contrat : la réalisation du contrat incorporant à ce contrat tous les actes administratifs qui l'ont préparé et formé, ces actes perdent leur individualité juridique, ils ne sont plus susceptibles par suite de recours pour excès de pouvoir; le contrat seul peut être attaqué, devant le juge du contrat, et par ceux-là seuls qui ont qualité pour saisir ce juge. Le juge du contrat, pouvant ne pas être compétent pour connaître de la légalité des actes administratifs, devait, si cette légalité était contestée, surseoir à statuer et renvoyer les parties à se pourvoir devant le Conseil d'Etat sur la question préjudicielle. C'est à ce titre seulement que le Conseil d'Etat pouvait, après la réalisation du contrat, connaître de la légalité des

1. Conseil d'Etat, 17 décembre 1920, *Ramaroni*, Rec., p. 1079.

actes administratifs ayant concouru à la formation du contrat¹.

Cette jurisprudence présentait de graves inconvénients, surtout au regard des tiers, notamment des usagers, qui se trouvaient en fait privés de tout droit de contrôle sur la régularité de l'organisation du service concédé. Elle est généralement présentée comme une application de la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle. Mais l'exemple des usagers montre que sa portée était toute différente, car ces derniers n'avaient aucun moyen de contrôle sur la légalité de la concession et des actes qui ont concouru à sa formation : étrangers au contrat, ils ne pouvaient se pourvoir devant le juge du contrat, et se trouvaient par suite complètement désarmés. Le souci de protéger les droits nés du contrat aboutissait à la suppression de tout recours permettant de faire disparaître des situations irrégulières.

Cette jurisprudence est aujourd'hui abandonnée, et le Conseil d'Etat considère que les différents actes administratifs concourant à la formation d'un contrat conservent une valeur juridique propre, indépendante de ce contrat, et peuvent, comme tels, faire l'objet de recours pour excès de pouvoir². Au nombre de ces actes détachables du contrat, il faut d'ailleurs comprendre non seulement les actes d'autorisation ou d'approbation, mais même l'acte par lequel est passé le contrat : un maire passant un contrat contrairement aux décisions du conseil municipal fait un acte administratif indépendant du contrat et susceptible de recours pour excès de pouvoir³. L'extrême subtilité de ces distinctions confère à l'usager de très fortes garanties contre les illégalités possibles.

Ces garanties se trouvent encore renforcées par la portée que le juge de l'excès de pouvoir reconnaît au recours formé contre un acte ayant concouru à la formation d'un

1. V. notamment, Conseil d'Etat, 2 décembre 1892, *Jullien*, Rec., p. 842; 3 août 1894, *Ville de Lyon*, Rec., p. 542.

2. Conseil d'Etat, 4 août 1905, *Martin*, Rec., p. 749, avec les concl. de M. Romieu.

3. Conseil d'Etat, 8 avril 1911, *Comm. d'Ousse-Susan*, Rec., p. 468, S. 1913.3.49, avec la note de M. Hauriou; 8 décembre 1911, *Belle et autres*, Rec., p. 1148; 7 avril 1916, *Collatz*, Rec., p. 157. Ces arrêts ont tous été rendus à propos de baux de presbytères, mais la solution serait évidemment la même pour un contrat de concession.

contrat. Ce recours en effet peut être fondé sur l'illégalité de tout ou partie des stipulations contractuelles. Par l'intermédiaire de l'acte détachable, le Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir, contrôle la légalité même du contrat¹. Tout en maintenant le principe de l'exclusion du recours pour excès de pouvoir contre les contrats, la jurisprudence permet ainsi un contrôle aussi complet de la légalité de ces contrats que si le recours était directement ouvert.

Toutefois, précisément parce qu'il s'agit d'un contrôle indirect, l'effet du recours n'est pas le même que s'il s'agissait d'un pourvoi tendant à l'annulation du contrat. Le Conseil d'Etat, si le recours est fondé, se borne à annuler l'acte attaqué, c'est-à-dire l'acte administratif unilatéral qui a concouru à la formation du contrat, il ignore, dans le dispositif de ses décisions, le contrat lui-même. Celui-ci subsiste malgré l'annulation prononcée, et les parties restent liées. Il n'appartient qu'au juge du contrat, sur le recours de l'une des parties, de tirer, au regard de la validité de ce contrat, les conséquences de l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat. Cette annulation pourra ainsi n'avoir qu'un caractère platonique, par exemple si les contractants ne demandent pas au juge du contrat ou n'obtiennent pas de lui une décision de résiliation. En pareil cas l'annulation aura eu pour seul effet « de dire le « droit, de ne pas fermer le prétoire aux citoyens usant de « la faculté que la loi leur reconnaît, de censurer l'illégalité, d'éclairer l'opinion publique et de prévenir le retour « des pratiques condamnées² ».

Il n'en demeure pas moins que le contrôle ainsi ouvert sur les contrats de l'administration reste, malgré tout, imparfait. Si en effet les parties sont d'accord pour ne pas demander au juge la résiliation du contrat, pour maintenir le contrat malgré l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat, les intéressés se trouvent désarmés. Il paraît difficile cependant d'aller plus loin dans l'extension du recours pour excès de pouvoir et les solutions consa-

1. Conseil d'Etat, 12 mars 1915, *Durand*, Rec., p. 76; 12 juillet 1918, *Lefebvre*, Rec., p. 698; 7 décembre 1923, *Renard et Dumay*, Rec., p. 820, etc.

2. Concl. de M. Romieu sous Conseil d'Etat, 4 août 1905, *Martin*, Rec., p. 749. Sur l'ensemble de la théorie des actes détachables, v. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, p. 159 et s.

créées par la jurisprudence actuelle paraissent bien donner aux tiers le maximum des droits qu'il est possible de leur reconnaître à l'égard des contrats de l'administration, au moins lorsqu'il s'agit de contrats au sens complet du mot, par exemple de contrats de droit privé. Mais il n'en va pas de même pour des contrats, comme la concession de service public, qui comportent à côté de stipulations nettement contractuelles des dispositions réglementaires. Ne serait-il pas possible, ne serait-il pas logique d'ouvrir directement le recours pour excès de pouvoir contre ces dernières dispositions ? Le cahier des charges, envisagé en lui-même, est un acte administratif unilatéral, un règlement susceptible de recours pour excès de pouvoir : pourquoi changerait-il de caractère du fait de son incorporation à un contrat de concession ? Voilà bien un acte administratif « détachable » du contrat, et, à notre sens, il faut, pour l'isoler du contrat, un effort bien moindre que pour en détacher l'« acte de passation » de ce contrat. Il nous paraît d'ailleurs bien peu logique d'affirmer le caractère réglementaire de ces dispositions au regard des usagers lorsqu'il s'agit de définir les droits et les obligations de ces derniers et de leur refuser ce caractère lorsqu'il s'agit d'ouvrir aux mêmes usagers le recours pour excès de pouvoir. En donnant aux mêmes dispositions une valeur juridique différente suivant les cas, la jurisprudence aboutit à des solutions confuses, souvent artificielles, en tout cas illogiques et contradictoires. Il nous paraît infiniment plus rationnel et plus conforme à la réalité de voir dans les règles d'organisation et de fonctionnement des services publics industriels des règlements administratifs unilatéraux, et cela quel que soit le mode de gestion du service — régie ou concession —, quelle que soit la forme de l'acte dans lequel sont contenues ces règles — règlement unilatéral, cahier des charges, contrat de concession. Cette solution, indépendamment des considérations de logique juridique que nous avons exposées, aurait l'avantage de placer dans la même situation l'usager d'une régie et celui d'une concession, et de faire disparaître l'anomalie résultant de droits moins étendus reconnus à celui-ci qu'à celui-là au regard de l'ouverture du recours pour excès de pouvoir.

Elle serait enfin en harmonie avec la jurisprudence qui ouvre le recours pour excès de pouvoir contre les mesures d'exécution du contrat de concession. L'administration est fréquemment appelée, en vertu même du contrat de concession, soit à prendre certaines décisions particulières, par exemple à accorder des autorisations, soit même à édicter des règlements pour l'exécution du service concédé. Ces décisions, et, en tous cas, ces règlements sont étroitement liés aux dispositions du contrat de concession, ils sont le complément du cahier des charges et ils ont incontestablement le même caractère, la même valeur juridique que celui-ci. La circonstance qu'ils prennent la forme de règlements unilatéraux n'en saurait modifier la nature, car ils n'en trouvent pas moins leur fondement dans le cahier des charges, lequel est inclus dans le contrat de concession. Or une jurisprudence établie ouvre le recours pour excès de pouvoir contre de telles décisions, contre de tels règlements¹. C'est attacher à la forme une importance réellement excessive que d'admettre le recours contre ces décisions et ces règlements et de l'écarter à l'égard des dispositions des cahiers des charges dont ils ne sont que le complément.

4. Tarifs.

Parmi les différents actes intéressant l'organisation et le fonctionnement des services publics industriels et commerciaux, les tarifs occupent une place à part au regard de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, qu'il s'agisse d'un service exploité en régie ou d'un service concédé. Si les tarifs sont fixés dans le cahier des charges, tout ce que nous avons dit de ce dernier leur est applicable. Si le tarif est contenu dans le règlement d'une régie ou, en

1. Conseil d'Etat, 26 décembre 1913, *Brosson*, Rec., p. 1298; 9 mars 1917, *Association des intérêts communs du Pecq l'Ermitage*, Rec., p. 234; 10 janvier 1919, *Chambres syndicales de la ville de Paris et du département de la Seine*, Rec., p. 18; 18 janvier 1924, *Laperche*, Rec., p. 56; on pourrait cependant tirer un argument en sens contraire de certains arrêts qui, pour déclarer recevable le recours pour excès de pouvoir, s'appuient sur ce que le règlement attaqué a été pris non en vertu de droits tenus du contrat de concession, mais en vertu de pouvoirs généraux de police auxquels le contrat de concession s'est borné à se référer (v. notamment, Conseil d'Etat, 28 déc. 1917, *Compagnie du gaz de Lyon et Société Lyonnaise des forces motrices du Rhône*, Rec., p. 870). Cette solution, qui nous paraît en contradiction avec les arrêts précités, montre une fois de plus la confusion de la jurisprudence en cette matière.

cas de service concédé, dans un acte administratif pris en exécution du contrat de concession, les principes précédemment posés conduisent à admettre sans réserve la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Telle est bien en effet la solution actuellement consacrée par la jurisprudence. Mais c'est une solution récente et, pendant longtemps, le recours pour excès de pouvoir formé contre un tarif s'est heurté à une fin de non-recevoir tiré non de la nature de l'acte l'instituant mais de l'existence d'un recours parallèle devant la juridiction judiciaire. Quel que soit le caractère que l'on reconnaisse aux redevances perçues pour le fonctionnement des services publics industriels, que l'on y voie la rétribution contractuelle d'un service rendu ou une taxe indirecte, il n'est pas douteux que l'application de la redevance donne ouverture à un contentieux qui, en l'état actuel des textes et de la jurisprudence, ressortit aux tribunaux de l'ordre judiciaire. D'après les principes admis par le Conseil d'Etat d'une manière constante jusqu'aux environs de l'année 1912, l'existence de ce contentieux faisait obstacle à l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre les actes établissant les tarifs¹. Au point de vue qui nous intéresse, cette jurisprudence fermait aux usagers éventuels tout contrôle de la légalité des tarifs, celle-ci ne pouvant être contestée qu'à l'occasion des applications individuelles qui en seraient faites.

Elle est aujourd'hui abandonnée : son abandon a correspondu à l'évolution générale du recours pour excès de pouvoir qui a strictement limité la portée de la fin de non-recevoir tirée du recours parallèle aux cas où les intéressés disposent d'une voie de droit juridictionnelle leur permettant d'obtenir le même résultat que le recours pour excès de pouvoir. Tel n'était évidemment pas le cas en ce qui concerne les tarifs : en premier lieu, les usagers du service public, lésés par l'application du tarif illégal, pouvaient bien devant les tribunaux judiciaires se fonder sur l'irrégularité du tarif pour en écarter l'application, mais ils n'avaient aucun moyen d'obtenir l'annulation *erga omnes* du tarif; d'autre part cette voie de droit n'était ouverte qu'aux usagers ayant effectivement demandé les prestations du service et non aux usagers éventuels ni aux

1. V. notamment, Conseil d'Etat, 23 juin 1911, *Larnaudie*, Rec., p. 712.

groupements d'usagers, également intéressés. L'exception d'illégalité susceptible d'être invoquée devant les tribunaux judiciaires ne pouvait donc être comparée au recours pour excès de pouvoir ni quant à ses effets ni quant à son ouverture. Le recours pour excès de pouvoir, malgré son caractère subsidiaire, devait donc être déclaré recevable¹. Les tarifs d'ailleurs ne diffèrent en rien des autres éléments de l'organisation du service, et la même fin de non-recevoir aurait pu être opposée, semble-t-il, aux recours formés par les usagers contre tous les actes d'organisation du service, la légalité de ces actes pouvant être contestée à l'occasion de l'attribution des prestations. Les tarifs sont des dispositions réglementaires qui, comme toutes les dispositions relatives à l'organisation et au fonctionnement du service public industriel, sont susceptibles d'être attaqués devant le Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir.

C. Pouvoirs du Conseil d'Etat saisi d'un recours pour excès de pouvoir fondé sur la violation du cahier des charges d'une concession.

Si la jurisprudence refuse d'admettre que le cahier des charges, en tant qu'élément du contrat de concession, puisse faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, la violation du cahier des charges donne ouverture au recours pour excès de pouvoir. Rien n'est plus simple si l'on reconnaît une valeur réglementaire aux clauses dont la violation peut fonder un tel recours. Mais, dans la conception jurisprudentielle qui, tout en affirmant à certains égards le caractère réglementaire de ces clauses, y voit cependant toujours un élément du contrat, que va pouvoir faire le juge de l'excès de pouvoir saisi d'un recours fondé sur la violation d'un cahier des charges? « D'une part, « puisqu'il s'agit de déterminer les obligations qui ont « leur source dans le contrat lui-même, il semble difficile « que le juge de l'excès de pouvoir puisse se substituer au

1. Conseil d'Etat, 12 décembre 1913, *Tombarel*, Rec., p. 1231; 27 juillet 1928, *Syndicat national des propriétaires de wagons-réservoirs*, Rec., p. 956 (tarif de chemins de fer). — Sur cette évolution de jurisprudence, v. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, p. 176 et s.

« juge du contrat. D'autre part, cette interprétation contentieuse des articles contestés du contrat ne saurait se faire, sur le recours des tiers, en dehors des deux contractants. Comment résoudre cette difficulté, qui touche plutôt à la procédure qu'au fond de droit¹? » Est-ce le caractère réglementaire ou le caractère contractuel du cahier des charges qui va l'emporter en cette circonstance?

La jurisprudence fait prévaloir très nettement le caractère contractuel du cahier des charges. S'il n'y a pas lieu d'interpréter le cahier des charges, soit parce que le sens en est clair, soit parce que le sens en a été fixé antérieurement par le juge du contrat, le Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir, n'a qu'à faire application de ce cahier des charges, et aucune difficulté ne se présente. Si au contraire le sens du cahier des charges prête à discussion, s'il n'y a plus « acte clair » et « excès de pouvoir flagrant », le juge de l'excès de pouvoir ne peut pas statuer, immédiatement tout au moins, sur le recours qui lui est soumis, car il ne lui appartient pas d'interpréter le cahier des charges, acte contractuel : cette interprétation ressortit exclusivement au juge du contrat. Deux solutions sont alors possibles : le sursis à statuer ou le rejet du recours. Le juge de l'excès de pouvoir peut surseoir à statuer et renvoyer les parties à se pourvoir devant le juge du contrat; en pareil cas, c'est seulement au vu de la décision de ce dernier et conformément à cette décision qu'il statuera définitivement sur le recours pour excès de pouvoir². Il peut au contraire rejeter le pourvoi en se fondant sur ce que les requérants n'avaient apporté, à la date à laquelle est intervenue la décision attaquée, à l'autorité qui a pris cette décision, aucun arrêté du conseil de préfecture, d'une manière plus générale aucune décision du juge du contrat donnant l'interprétation du cahier des charges sur les points litigieux : l'on ne saurait en effet faire grief à l'autorité administrative d'avoir refusé de se conformer à une

1. Concl. de M. Romieu sous Conseil d'Etat, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de Croix-de-Seguey-Tivoli à Bordeaux*, Rec., p. 967.

2. Telle était la solution préconisée par M. Romieu dans ses conclusions sous : Conseil d'Etat, 21 déc. 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli à Bordeaux*, Rec., p. 968.

interprétation contestée du cahier des charges. Entre ces deux solutions, nos préférences auraient été à la première : c'est la seconde cependant qui a prévalu en jurisprudence. En pratique, dans toutes les espèces dont il a eu à connaître, le Conseil d'Etat ou bien s'est trouvé en présence d'actes clairs¹, ou bien a rejeté le recours par le motif indiqué².

Quoi qu'il en soit de ce dernier point, toute cette jurisprudence nous paraît bien peu satisfaisante. Puisque le recours pour excès de pouvoir est recevable en cas de violation du cahier des charges, c'est donc que ce cahier des charges est un règlement, et, s'il est un règlement, il appartient au juge de l'excès de pouvoir de l'interpréter. A cette solution on objecte que les parties au contrat de concession ne figurent pas dans l'instance devant le juge de l'excès de pouvoir; mais leur présence n'est nullement nécessaire s'il s'agit d'interpréter un règlement administratif unilatéral; il leur appartient seulement, si elles l'estiment utile, d'intervenir dans l'instance. Pour exiger leur présence dans tous les cas, il faut encore et toujours ne voir dans le cahier des charges que son aspect contractuel³.

*
* *

Ainsi, à propos de chacun des aspects du contrôle exercé par l'usager éventuel sur l'organisation et le fonc-

1. Conseil d'Etat, 6 mars 1903, *Ardisson*, Rec., p. 196; 3 février 1905, *Storch*, Rec., p. 116; 31 mars 1905, *Comm. de Neuilly-sur-Seine*, Rec., p. 331; 21 déc. 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli à Bordeaux*, Rec., p. 961, avec les concl. de M. Romieu etc... 10 janvier 1930, *Schmid*, Rec., p. 31.

2. V. notamment, Conseil d'Etat, 22 juillet 1927, *Syndicat des employés et contremaîtres des secteurs électriques de la Seine*, Rec., p. 826.

3. En notre sens, Duguît, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *Rev. du Droit public*, 1907, p. 437; Jèze, « De l'exécution des contrats administratifs », *Rev. du Droit public*, 1931, p. 561. M. Duguît fait valoir, en sus des arguments que nous exposons, que, dans le cas envisagé, il ne saurait y avoir question préjudicielle parce qu'il n'y a pas de question distincte de la question principale, susceptible de faire l'objet d'un litige et partant d'un jugement; il y a une seule et unique question : y a-t-il violation ou non du règlement de l'acte de concession? — Nous ne partageons pas cette manière de voir. Il arrive fréquemment, dans les instances engagées devant les juridictions de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire, que se pose une question préjudicielle qui est en réalité la seule question du litige, la décision du juge compétent sur cette question préjudicielle devant entraîner nécessairement la solution du procès : il n'y en a pas moins question préjudicielle. Il en serait de même dans la situation qui nous occupe, si les motifs tirés de la nature juridique du cahier des charges ne suffisaient à justifier la compétence du juge de l'excès de pouvoir.

tionnement du service public industriel nous avons vu apparaître les mêmes hésitations de la jurisprudence entre le caractère contractuel et le caractère réglementaire du cahier des charges de la concession. L'usager éventuel du service public industriel se trouve incontestablement dans une situation purement réglementaire lorsque le service est exploité en régie. A notre sens il en va exactement de même lorsque le service est exploité en concession. Mais la jurisprudence, tout en s'efforçant d'assurer à l'usager d'un tel service les mêmes garanties qu'à l'usager d'une régie, répugne à une distinction trop nette entre les différentes clauses du cahier des charges de la concession et cherche à concilier leur caractère contractuel avec la reconnaissance à l'usager d'un statut réglementaire. De là résultent des solutions confuses et parfois contradictoires, d'où l'on a peine à dégager des principes certains. Cette confusion, ces contradictions, déjà manifestes dans l'étude du contrôle de l'usager éventuel sur l'organisation du service, vont s'affirmer bien davantage dans celle des moyens d'action ouverts à l'usager pour obtenir le fonctionnement du service à son profit.

CHAPITRE II

LE DROIT AUX PRESTATIONS DU SERVICE

Le premier élément du statut de l'usager du service public industriel est, nous venons de le voir, un intérêt juridique à l'organisation légale du service, intérêt qui l'autorise à contrôler au moyen du recours pour excès de pouvoir, la conformité de cette organisation tant aux textes législatifs et réglementaires qu'aux principes généraux de gestion dégagés par la jurisprudence. A cet intérêt se superpose un droit aux prestations du service, où nous voyons le deuxième élément du statut de l'usager.

Qu'est-ce donc exactement que ce droit aux prestations du service?

De quels moyens dispose l'usager pour en assurer le respect?

Section I. — Nature du droit aux prestations du service

Le service public industriel est organisé et fonctionne. Les usagers, au profit desquels il a été créé, doivent pouvoir en réclamer le bénéfice. Quelle est alors leur situation juridique à l'égard du service?

A. En premier lieu, quel est le contenu exact de leur droit vis-à-vis du service? Ce n'est pas un droit direct aux prestations, c'est un droit à obtenir la conclusion du contrat qui servira de base au service ultérieur des prestations. En parlant de contrat, nous n'entendons pas préjuger de la nature juridique du lien qui s'établit entre l'usager et le service, nature juridique que nous aurons à étudier ultérieurement; nous employons simplement ce terme en tant qu'expression commode pour désigner ce lien. Ce que l'usager peut donc réclamer, c'est l'établissement entre

le service et lui-même d'un lien juridique précis, consacrant son droit aux prestations et fixant les bases sur lesquelles celles-ci lui seront accordées.

Il est d'ailleurs fondé à demander également que ce contrat, ce lien juridique soit établi dans certaines conditions, d'après certaines règles : il peut se prévaloir à l'encontre de la collectivité administrative gérant le service ou du concessionnaire qu'elle s'est substitué pour cette gestion des dispositions des lois et des règlements régissant le service, du règlement intérieur de la régie, du cahier des charges de la concession, et, d'autre part, des principes généraux s'imposant dans la gestion de tout service public industriel, en particulier de l'égalité des usagers devant le service : nous ne pouvons à cet égard que nous référer aux développements antérieurs définissant la portée du contrôle que peut exercer l'usager sur l'organisation du service public industriel : les mêmes principes, en effet, dans l'exploitation du service, déterminent la portée exacte du droit de l'usager aux prestations.

Somme toute le droit de l'usager est uniquement d'obtenir l'application des lois, règlements et principes qui s'imposent dans l'organisation et la gestion du service.

B. Si nous recherchons maintenant la nature juridique exacte de ce droit, nous sommes naturellement conduit à assimiler, dès l'abord, la situation de l'usager demandant le bénéfice du service à celle de l'usager contrôlant l'organisation de ce service : il s'agit dans l'un et l'autre cas d'obtenir l'application de règles générales, qui sont au surplus les mêmes. L'usager se trouve donc dans une situation légale et réglementaire, « dans une situation objective créée et réglée par la loi du service », pour employer la terminologie de M. Duguit¹.

C'est la même idée que l'on exprime parfois en reconnaissant à l'usager un droit réel, un statut réel². Ces formules ont besoin d'être précisées car il peut à première vue paraître surprenant de faire intervenir en ce domaine de telles notions. Dans sa conception classique, le droit réel se ramène en effet à un pouvoir juridique d'une personne

1. Duguit, *De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public*, in *Mélanges Hauriou*, p. 253 et s.

2. Hauriou, note au S. 1907,3.33; Mestre, note au S. 1911.1.33.

sur une chose. Il n'y a évidemment rien de comparable dans la situation de l'usager d'un service public. Mais cette définition du droit réel a été très critiquée depuis le début du siècle : le rapport entre la personne et la chose où l'on prétend voir le droit réel n'est pas en réalité un lien juridique, mais un simple fait qui n'est autre que la possession, c'est-à-dire la possibilité de détenir la chose et de s'en servir en maître. Un rapport d'ordre juridique ne pouvant exister qu'entre des personnes, le droit réel ne saurait se caractériser par un pouvoir sur une chose; il se définit en réalité par son opposabilité; le droit réel est une obligation passive universelle, ou plus exactement à sujet indéterminé¹. Il ne se distingue donc pas du droit personnel ou droit de créance par sa nature, mais par le caractère passif, d'une part, l'universalité ou du moins l'indétermination, d'autre part, de l'obligation qui en est la contre-partie. Sans entrer dans la controverse, qui reste ouverte, entre les auteurs « personnalistes », qui nient toute différence entre droit réel et droit de créance, et ceux qui continuent à affirmer l'existence d'un aspect actif du droit réel, d'un pouvoir sur une chose, il n'est pas douteux que c'est le seul aspect passif de ce droit qu'il faut considérer pour parler d'un statut réel de l'usager. Tel est bien d'ailleurs le sens que donnent à cette expression ceux qui en usent : l'usager peut être regardé comme ayant un droit réel, parce qu'il bénéficie d'une situation de fait et de droit à laquelle il est interdit à l'administration — et à tout le monde — de toucher. Les services publics apparaissent ainsi comme « des institutions organisées qui créent autour d'elles des « statuts réels plus ou moins avantageux »².

L'idée d'un statut réel de l'usager, à la vérité, ne nous paraît avoir que la valeur d'une analogie, et même d'une analogie très imparfaite. Il ne nous semble pas, en effet, que le droit de l'usager soit, selon la conception « personnaliste » du droit réel, la simple contre-partie d'une obligation passive universelle ou à sujet indéterminé. Tout d'abord il ne se ramène nullement au droit de demander le respect d'une situation établie, à une obligation passive : il comporte un aspect actif très précis, le droit de demander

... 1. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 405 et s. Sur l'ensemble de la théorie du droit réel, v. Planiol, Ripert et Picard, *Les Biens*, nos 36 et s.

2. Hauriou, note au S. 1907.3.33.

certaines prestations. Sans doute le droit réel comporte-t-il parfois un droit à des prestations positives¹, mais celles-ci ne sont que des aspects accessoires du droit réel, alors que les obligations imposées à l'administration au profit des usagers sont essentiellement des obligations positives. En second lieu, le sujet de l'obligation ou des obligations qui sont la contre-partie du droit réel n'est ni universel ni indéterminé : c'est la collectivité administrative qui gère le service ou le concessionnaire qu'elle se substitue. A la rigueur une analogie peut être trouvée entre la notion de statut réel et la situation de l'usager éventuel en tant que ce dernier est envisagé uniquement dans l'exercice du contrôle qui lui est ouvert sur l'organisation du service. Mais l'analogie perd la plus grande partie de sa portée, si même elle ne disparaît pas complètement, à l'égard de l'usager qui demande à bénéficier des prestations du service. Il semble bien d'ailleurs qu'en parlant d'un statut réel de l'usager, on ait voulu moins caractériser le contenu de ce statut que l'opposer à celui d'un créancier : en définissant le droit de l'usager comme un droit réel, l'on veut surtout lui refuser le caractère d'un droit de créance.

Or est-il exact de dire que l'usager n'ait à l'encontre du service aucun droit de créance? La doctrine qui voit dans la concession de service public un contrat et une stipulation pour autrui est naturellement conduite à reconnaître à l'usager, au moins dans le cas de service concédé, un droit subjectif à l'encontre de l'exploitant du service. La demande par l'usager du bénéfice des prestations du service apparaît comme l'acceptation de la stipulation pour autrui contenue dans le contrat de concession; elle fait naître au profit de l'usager un droit direct à l'encontre du concessionnaire. Ce droit est une créance, qui autorise l'usager à demander en justice la condamnation du concessionnaire à assurer l'exécution des prestations prévues au cahier des charges. La notion de stipulation pour autrui, nous l'avons indiqué précédemment, nous paraît insuffisante à rendre compte de la nature juridique de la concession de service public et de la situation de l'usager. Elle a néanmoins trouvé dans la jurisprudence des manifestations récentes,

1. V. Planiol, Ripert et Picard, *Les Biens*, n° 44.

d'une particulière importance, sur lesquelles nous aurons à revenir.

Au surplus, de cette doctrine il convient, à notre sens, de retenir une idée : celle que la demande par l'usager du bénéfice des prestations du service modifie sa situation juridique et fait naître au profit de l'usager, et à l'encontre de la collectivité administrative ou du concessionnaire, une créance précise ayant pour objet une obligation de faire, la conclusion d'un contrat, l'établissement d'un lien juridique qui assurera à l'usager le bénéfice effectif des prestations du service. L'existence d'une telle créance s'explique tout naturellement dans le cas de service concédé si l'on voit dans la concession une stipulation pour autrui : elle est la simple manifestation du droit direct du tiers bénéficiaire contre le promettant. Il paraît à première vue plus difficile de lui trouver un fondement juridique si l'on prétend assimiler l'usager d'une régie à l'usager d'un service concédé, et exclure tout élément contractuel de la situation du candidat à l'usage du service.

Il faut cependant constater tout d'abord que notre droit privé ne répugne nullement à reconnaître l'existence de droits de créance et d'obligations nés en dehors de tout contrat. Le Code civil admet que la volonté d'un seul peut entraîner des obligations réciproques¹, Pothier admettait même que certaines obligations pouvaient naître par la seule volonté du créancier². Pour expliquer ces situations, l'on parle d'obligations nées *quasi ex contractu*, de quasi-contrats, afin de les rattacher, au moins par un lien d'analogie, à la notion de contrat.

On s'accorde généralement à reconnaître aujourd'hui que cette terminologie n'explique rien et que les obligations envisagées trouvent en réalité leur source dans la loi. Mais si la loi peut attacher au fait ou à la volonté d'une personne la naissance d'obligations à la charge d'une ou plusieurs autres personnes, comme c'est le cas en matière de gestion d'affaires, n'est-il pas possible de trouver également dans

1. C. Civ., art. 1371 : « Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers et quelquefois un engagement réciproque des deux parties. »

2. Pothier, *Obligations*, n° 113 : le quasi-contrat est « le fait d'une personne permis par la loi qui l'oblige envers une autre, ou oblige une autre personne envers elle, sans qu'il intervienne aucune convention entre elles ».

la loi la source d'une créance de l'usager contre la collectivité gérant un service industriel ou contre un concessionnaire?

Nous croyons précisément que l'exclusion, généralement admise en doctrine, de tout droit personnel de créance de l'usager à l'encontre du service industriel est le résultat d'une analyse inexacte de la situation de l'usager. Du caractère exclusivement légal et réglementaire de la situation du candidat à l'usage d'un service l'on conclut en effet à l'absence de tout lien de droit permettant à ce candidat d'obtenir la condamnation de la collectivité ou du concessionnaire à lui assurer le bénéfice du service. Or si nous acceptons pleinement les prémisses de ce raisonnement, si nous reconnaissons le caractère légal et réglementaire de la situation du candidat à l'usage d'un service public, nous ne pouvons souscrire aux conclusions que l'on en tire : il nous paraît certain en effet que les lois et les règlements, des situations légales et réglementaires peuvent être à l'origine de droits personnels de créance : l'obligation alimentaire, obligation légale au premier chef, ne se traduit-elle pas pratiquement par une créance à l'encontre du débiteur d'aliments?

Si donc l'on entend en principe dénier à l'usager tout droit de créance tendant à obtenir le fonctionnement d'un service public à son profit, si l'on entend lui refuser la possibilité de faire condamner la collectivité administrative ou son concessionnaire à lui assurer le bénéfice de ce service, il ne suffit pas d'affirmer que le candidat à l'usage d'un service se trouve non dans une situation contractuelle, mais dans une situation objective, légale et réglementaire, il faut trouver à ce refus un autre fondement. Il existe effectivement une autre raison de refuser au candidat à l'usage d'un service public, sinon à proprement parler le droit subjectif au fonctionnement du service, du moins le moyen pratique de mettre en œuvre ce droit : cette raison se trouve dans le principe de l'indépendance de l'administration à l'égard du juge. Aucun juge, ni judiciaire ni administratif, ne peut condamner l'administration à assurer le fonctionnement d'un service public. L'usager, le bénéficiaire d'un service public, quel que soit ce service, a, s'il remplit les conditions prévues par les lois et règlements, un droit au

service, mais c'est un droit théorique en ce sens qu'il ne comporte aucune sanction juridictionnelle directe.

Il reste cependant à examiner si les caractères propres du service public industriel et commercial ne sont pas de nature à écarter cette règle restrictive sinon du droit, du moins de la mise en œuvre du droit de l'usager. En premier lieu, lorsqu'il s'agit d'un service concédé, on voit mal pourquoi le concessionnaire bénéficierait du privilège reconnu à l'administration pour assurer son indépendance à l'égard du juge. Le concessionnaire est un particulier, généralement une société commerciale, et exploite la concession dans le but d'en tirer des bénéfices; il ne participe aux prérogatives de l'administration que dans la mesure nécessaire pour assurer l'organisation et le fonctionnement normal du service. On ne saurait donc refuser à l'usager le moyen d'exercer sa créance contre lui pour obtenir l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu des lois et règlements du service, alors que l'exécution de ces obligations se confond avec le fonctionnement même du service. L'exercice direct du droit de l'usager, bien loin de nuire à la marche normale du service, assure cette marche normale. L'impossibilité pour le juge de condamner une collectivité publique à l'exécution des prestations d'un service public ne s'étend donc pas à la condamnation éventuelle d'un concessionnaire.

Mais s'applique-t-elle même aux collectivités publiques exploitant en régie un service public industriel? Cela ne nous paraît nullement évident. L'un des caractères essentiels du service public industriel réside, avons-nous dit, dans le mode d'organisation des relations qui s'établissent entre le service et les tiers : il n'y a véritablement service industriel que si, dans ces relations, ou tout au moins dans celles d'entre elles dont l'établissement correspond au but même du service, c'est-à-dire en pratique dans les relations avec les usagers, l'exploitant du service se comporte sensiblement comme un entrepreneur ordinaire. L'usager a donc accès au service public industriel comme il aurait accès à un service privé. La circonstance que des obligations spéciales incombent à l'exploitant en raison du caractère de service public de l'entreprise ne saurait évidemment diminuer les droits de l'usager à l'égard du service. Il nous semble, dès lors, qu'en organisant un service public suivant

le procédé industriel et commercial, ce qu'elle n'est jamais obligée de faire, l'administration entend renoncer, dans ses relations avec les usagers, à ses prérogatives, notamment à celle qui lui permet d'échapper à l'action directe des candidats à l'usage du service. Non seulement, par conséquent, l'usager est titulaire d'une créance à l'encontre de la collectivité administrative en vertu des dispositions législatives et réglementaires qui régissent le service mais encore il dispose du moyen juridique d'obtenir l'exécution de cette créance.

En résumé, le bénéficiaire d'un service public, quels que soient le caractère et le mode d'exploitation de ce service, est toujours dans une situation exclusivement légale et réglementaire. Mais nous croyons que, contrairement à la doctrine généralement admise, ce bénéficiaire, lorsqu'il réclame le fonctionnement du service à son profit, a toujours, quels que soient le caractère et le mode d'exploitation de ce service, non seulement un intérêt juridique à demander l'annulation des décisions individuelles prises en violation du statut du service, mais encore un droit personnel de créance à l'encontre de la collectivité ou du particulier qui gère le service, voire même contre l'un et l'autre en cas de service industriel concédé. L'exercice de ce droit subjectif, paralysé par le principe de l'indépendance de l'administration à l'égard du juge toutes les fois qu'il s'agit d'un service public proprement administratif, est au contraire pleinement possible lorsque l'on est en présence d'un service industriel et commercial, en raison des caractères propres de ce service. Créancier du service, l'usager pourra obtenir la condamnation soit de la collectivité administrative soit du concessionnaire à ce que lui soit consenti le contrat qui lui permettra d'obtenir le service des prestations.

Section II. — Des recours garantissant le droit de l'usager au service.

Le droit de l'usager aux prestations du service public industriel et commercial est un droit personnel de créance qui trouve son origine et son fondement dans les lois et règlements qui régissent le service. Il est facile, sur la base

de ce principe, de dégager les recours ouverts à l'usager pour obtenir le respect ou la réalisation de son droit :

1^o L'usager est dans une situation légale et réglementaire : il peut donc, par la voie du recours pour excès de pouvoir, faire prononcer l'annulation des décisions administratives prises en violation des règles de droit régissant l'organisation et le fonctionnement du service.

2^o L'usager est titulaire d'un droit personnel de créance à l'encontre du service : il dispose, par suite, de voies de droit lui permettant d'obtenir de l'administration ou du concessionnaire l'exécution de sa créance.

3^o Collectivité administrative et concessionnaire, en refusant à l'usager les prestations auxquelles lui ouvrent droit les lois et règlements régissant le service, engagent leur responsabilité à son égard.

Recours pour excès de pouvoir, action en exécution, action en responsabilité, telles sont donc les voies de droit ouvertes à l'usager pour obtenir le fonctionnement à son profit du service public industriel.

§ 1. LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR.

Tout usager d'un service public, quel que soit le caractère de ce service public, peut former un recours pour excès de pouvoir contre les décisions de l'administration lui refusant, en violation des lois et règlements, le bénéfice du service. Alors même que l'on dénierait à l'usager un droit subjectif de créance à l'encontre de l'administration, on ne peut lui contester un intérêt direct et personnel au respect à son égard des lois et règlements régissant le service public, et cet intérêt suffit à lui ouvrir le recours pour excès de pouvoir. Si l'on reconnaît d'ailleurs à l'usager un tel recours contre les actes d'organisation du service, à plus forte raison doit-on le lui accorder contre des décisions individuelles le concernant directement et personnellement. La portée du recours pour excès de pouvoir en cette matière a besoin cependant d'être précisée à deux points de vue :

1^o Quant à la qualité pour former ce recours, particulièrement en ce qui concerne les groupements d'usagers :

2^o Quant aux actes susceptibles d'être attaqués par cette voie¹.

A. Qualité pour former le recours pour excès de pouvoir contre des actes refusant le bénéfice du service.

1. L'usager.

L'usager, le bénéficiaire d'un service public industriel a certainement lui-même qualité pour former un recours pour excès de pouvoir contre un refus de lui accorder les prestations du service. Mais encore faut-il qu'il s'agisse d'un véritable usager, se prévalant de dispositions réglementaires édictées à son profit. Le Conseil d'Etat a été appelé à préciser la portée de ce principe à propos de l'application de l'article 54 des cahiers des charges des grandes compagnies de chemins de fer, aux termes duquel « les « militaires ou marins voyageant en corps aussi bien que « les militaires ou marins voyageant isolément pour cause « de service, envoyés en congé limité ou en permission « ou rentrant dans leurs foyers après libération, ne seront « assujettis, eux, leurs chevaux et leurs bagages, qu'au « quart de la taxe du tarif fixé par le présent cahier des « charges ». Un officier en congé de longue durée a demandé l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision du ministre de la Guerre refusant de contraindre les réseaux à lui accorder le bénéfice de cette clause des cahiers des charges. Le Conseil d'Etat a estimé que l'intéressé était sans qualité pour se prévaloir, par la voie du recours pour excès de pouvoir, de l'article 54, parce que la réduction de tarif stipulée par cet article en faveur des militaires et marins « n'a pas été consentie dans l'intérêt personnel de ces « derniers mais dans l'intérêt du service public auquel ils « sont affectés ». Seul le ministre de la Guerre, chef du service bénéficiaire, a qualité pour se prévaloir de la clause en question à l'encontre des réseaux. Les militaires inté-

1. Nous faisons provisoirement abstraction de la fin de non-recevoir qui pourrait, en notre matière, être opposée au recours pour excès de pouvoir du fait de l'existence de recours parallèles. L'examen de cette fin de non-recevoir implique en effet, l'étude préalable des autres voies de droit ouvertes à l'usager. V. *infra*.

ressés pourraient simplement, le cas échéant, se plaindre de la violation des dispositions réglementaires par lesquelles le ministre de la Guerre a déterminé les bénéficiaires de l'article 54. Mais alors nous ne sommes plus sur le terrain de l'usage du service public industriel, mais sur celui de l'organisation intérieure du service public de l'armée. Au regard de l'article 54, c'est l'armée qui est l'usager du service industriel et non le militaire. Et c'est parce qu'il n'est pas véritablement usager que ce dernier n'est pas recevable à se prévaloir de la violation de la disposition dont s'agit par la voie du recours pour excès de pouvoir¹.

2. Le groupement d'usagers

Les groupements d'usagers, dont la qualité pour critiquer les actes d'organisation du service est incontestable, sont-ils également recevables à attaquer des décisions individuelles concernant le fonctionnement du service au profit de tel ou tel usager déterminé? La jurisprudence, à notre connaissance, ne s'est jamais formellement prononcée sur cette question. Mais la qualité des groupements, associations ou syndicats, pour former des recours pour excès de pouvoir contre des décisions individuelles, a fait l'objet de nombreuses décisions du Conseil d'Etat, rendues pour la plupart à propos de pourvois d'associations de fonctionnaires. Les principes posés à cette occasion valent pour les recours des groupements d'usagers, et il nous paraît facile de dégager des arrêts intervenus les règles applicables à ces derniers groupements.

La jurisprudence repose sur la distinction entre l'action individuelle et l'action collective. L'action individuelle, qui tend à obtenir un avantage déterminé au profit d'un particulier, individuellement considéré, ne peut être exercée que par l'intéressé agissant lui-même ou par mandataire : elle ne pourrait donc être intentée par un groupement que si celui-ci justifiait d'un mandat. L'action collective est celle qu'exerce un groupement en son nom propre, comme personne civile chargée de la défense d'intérêts

1. Conseil d'Etat, 15 novembre 1907. *Poirier, Rec.*, p. 820, avec les concl. de M. Teissier.

collectifs, abstraction faite des avantages qui pourraient en résulter pour ses membres pris isolément : il n'est pas nécessaire, pour qu'une action présente un intérêt collectif, qu'elle touche tous les membres du groupement considéré mais il suffit qu'elle concerne les intérêts, envisagés en eux-mêmes, dont la défense est le but de ce groupement. Ainsi qu'on l'a dit fort justement, c'est l'anonymat des bénéficiaires de l'action collective qui caractérise cette action¹, la seule qui soit ouverte au groupement.

Parmi les décisions prises pour assurer le fonctionnement d'un service public, certaines peuvent, sans avoir valeur réglementaire, présenter un caractère collectif : elles peuvent consister par exemple dans le refus des prestations du service à tout un groupe, à toute une catégorie d'usagers, aux habitants d'un quartier. Il n'est pas douteux qu'en pareil cas un groupement formé en vue de la défense de ce groupe, de cette catégorie d'usagers, des habitants du quartier, aurait qualité pour attaquer ce refus pour excès de pouvoir². Encore est-il nécessaire que les intérêts en cause soient ceux mêmes que le groupement, eu égard à son étendue, a mission de défendre. La jurisprudence se montre assez stricte sur ce terrain et déclare non recevable le recours d'un groupement contre une décision n'intéressant qu'une catégorie de ses membres : ainsi l'union des associations du personnel civil des administrations centrales n'est pas recevable à attaquer une décision n'intéressant que le personnel de l'une de ces administrations³; de même l'association générale des anciens combattants de l'armée de mer est sans qualité pour contester la légalité d'une décision n'intéressant qu'une catégorie particulière de ses membres⁴. Ces principes conduiraient, le cas échéant, à déclarer non recevable un recours pour excès de pouvoir formé par un groupement d'u-

1. Waline, note au D. 1928.3.41.

2. Conseil d'Etat, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli à Bordeaux*, Rec., p. 961 avec les concl. de M. Romieu, V. aussi : Conseil d'Etat, 22 juillet 1927, *Syndicat des employés et contremaîtres des secteurs électriques de la Seine*, D. 1928.3.41, avec la note de M. Waline.

3. Conseil d'Etat, 14 mars 1924, *Union des Associations professionnelles du personnel civil des administrations centrales*, S. 1925.3.68, avec les concl. de M. Rouchon-Mazerat.

4. Conseil d'Etat, 19 février 1932, *Association générale des anciens combattants de l'armée de mer*.

sagers contre une décision lésant, non les intérêts collectifs de l'ensemble du groupement, mais seulement ceux d'une catégorie particulière de membres de ce dernier.

Si nous envisageons maintenant, non plus une décision collective, mais une décision nettement individuelle, les principes restent les mêmes : une décision individuelle peut léser les intérêts collectifs d'un groupement; en ce cas, mais en ce cas seulement le groupement sera recevable à attaquer la décision pour excès de pouvoir. Sur le critérium de la décision susceptible de léser des intérêts collectifs, la jurisprudence, après avoir montré un certain flottement, fournit aujourd'hui des règles précises, reposant sur une distinction entre les actes positifs et les actes négatifs. S'agit-il d'un acte positif, le recours du groupement est recevable; il ne l'est pas au contraire à l'encontre d'un acte négatif. Un groupement de fonctionnaires a ainsi qualité pour attaquer une nomination ou un avancement accordé à un agent, mais non pour contester la légalité d'un refus ou d'une décision ne donnant aux intéressés directs qu'une satisfaction incomplète au regard de l'interprétation qu'ils présentent des règlements en vigueur; de même un syndicat patronal n'est pas recevable à attaquer une décision, même collective, refusant à ses membres une dérogation à la loi sur le repos hebdomadaire¹. Une tendance s'est manifestée cependant, au moins à l'égard des associations de fonctionnaires, à ouvrir plus largement le recours pour excès de pouvoir aux groupements. Certains arrêts ont admis des recours contre des décisions individuelles négatives parce que celles-ci étaient fondées sur des motifs d'ordre général : « Si l'intérêt corporatif est dans les motifs, peu importe que le dispositif ait, pour l'instant, une portée individuelle seulement² ». Cette jurisprudence extensive est aujourd'hui abandonnée et le Conseil d'Etat s'en tient à la distinction, basée sur le dispositif des décisions attaquées, entre les actes positifs et les actes négatifs³.

1. Conseil d'Etat, 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*, Rec., p. 977, avec les concl. de M. Romieu.

2. Concl. de M. Corneille sous Conseil d'Etat, 17 janvier 1913, *Fedel et autres* (Fédération nationale des professeurs de lycée), S. 1918.3.14.

3. Conseil d'Etat, 11 décembre 1908, *Association professionnelle des employés civils de l'Administration centrale du Ministère des colonies*, Rec. p. 1016, avec les concl. de M. Tardieu; 17 fév. 1922, *Fedel*, Rec., p. 166;

Si nous faisons application de cette jurisprudence aux services publics industriels et commerciaux, nous sommes conduit à admettre la recevabilité du recours d'un groupement d'usagers contre les actes positifs, par exemple contre une décision accordant à un usager, dans certaines conditions, le bénéfice du service, et plaçant de ce fait les autres usagers dans une situation moins favorable. Au contraire un tel groupement ne pourrait se pourvoir contre le refus des prestations du service à un usager individuellement considéré.

Le groupement d'usagers ne serait pas cependant, même dans ce dernier cas, complètement désarmé : il pourrait toujours en effet intervenir dans l'instance sur le pourvoi formé par l'intéressé ou les intéressés et apporter ainsi à ses membres l'appui de son autorité et de sa compétence¹. En effet l'intérêt auquel est subordonnée la recevabilité de l'intervention est entendu beaucoup plus largement que l'intérêt nécessaire pour former un recours pour excès de pouvoir : il n'est pas besoin d'un intérêt direct et personnel, né et actuel, il suffit d'un intérêt indirect, même purement moral, même simplement éventuel. C'est que le recours pour excès de pouvoir, malgré l'extension donnée à sa recevabilité, n'est pas une action populaire : le prétoire ne doit pas être encombré de pourvois formés à n'importe quel propos par des plaideurs processifs. D'ailleurs, indépendamment de cette considération d'opportunité, le recours pour excès de pouvoir n'est-il pas la sanction d'un droit, reconnu à tous, au respect par l'administration de certaines situations, de certaines règles de droit qui nous intéressent directement? En attaquant des décisions qui ne nous intéressent qu'indirectement ou à titre éventuel, nous abuserions de notre droit, et c'est à juste titre que de tels recours sont déclarés irrecevables. L'intervention sur le recours pour excès de pouvoir se présente au contraire sous un aspect tout différent : elle est le fait d'un tiers qui vient apporter soit à l'appui du pourvoi, soit à son encontre, des moyens ou arguments nouveaux et facilite la tâche du juge en lui fournissant des éléments d'appréciation dont il n'aurait peut-être pas disposé. L'intervention d'un

21 nov., 1923, *Association des fonctionnaires de l'Administration centrale des Postes et télégraphes*, S. 1924.3.17, avec les concl. de M. Cornille, etc.

1. Voir les arrêts précités.

groupement en particulier permet au juge de l'excès de pouvoir d'envisager les répercussions d'ordre général de la décision individuelle qui lui est demandée. L'intervenant est un auxiliaire du juge : il est donc légitime de lui ouvrir largement le prétoire.

*B. Actes susceptibles d'être attaqués par la voie du recours
pour excès de pouvoir.*

L'usager peut attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir toutes les décisions administratives lui faisant grief. Il peut s'agir de décisions positives, par exemple accordant le bénéfice du service à un tiers, si elles lèsent l'usager dans son droit au service. Le plus souvent il s'agira de décisions négatives refusant au requérant le bénéfice des prestations du service ou ne le lui accordant que dans des conditions qui ne le satisfont pas, décisions expresses ou décisions tacites résultant, par application de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900, du silence gardé plus de quatre mois sur la réclamation de l'usager. Ces décisions peuvent émaner soit de l'autorité administrative dont relève le service, soit, si celle-ci est une autorité locale, de l'autorité de tutelle.

1. Décisions de l'autorité administrative
dont relève le service.

La situation de l'usager dans l'exercice du recours pour excès de pouvoir varie suivant que le service public dont il réclame le bénéfice est exploité en régie ou en concession.

Si le service est exploité en régie, l'usager dispose des droits les plus étendus. En effet, que le service soit placé sous l'autorité directe des représentants de la collectivité administrative dont il relève ou qu'il soit soumis à une gestion autonome, les personnes ou conseils chargés de sa direction ont toujours le caractère d'autorités administratives dont les décisions sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Il est cependant curieux de constater que le Conseil d'Etat a eu très rarement à se prononcer sur des recours formés contre de telles décisions. Il avait

reconnu dès 1911 la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une décision par laquelle l'administration des postes et télégraphes avait refusé de remettre à un particulier, à son domicile, les télégrammes qui lui étaient adressés¹. Mais jusqu'à une époque très récente, c'était là le seul cas à propos duquel la question eût été examinée. Les principes posés à cette occasion devaient conduire à ouvrir le recours pour excès de pouvoir contre les décisions refusant à un usager le bénéfice, dans les conditions prévues par les règlements, d'une régie de transports, de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité. C'est la solution qu'a consacrée le Conseil d'Etat statuant sur un recours dirigé contre la décision d'un maire refusant à un habitant de sa commune le bénéfice du service municipal, exploité en régie, de distribution d'eau².

Cette décision présente un intérêt particulier du fait

1. Conseil d'Etat, 29 décembre 1911, *Chomel*, Rec., p. 1265, S. 1914.3.102 : « *Sur la recevabilité de la requête* : Considérant d'une part, que la décision attaquée a été prise par le Sous-Secrétaire d'Etat des Postes et Télégraphes; que, d'autre part, la dépêche du directeur des postes de l'Isère, confirmée par celle du Sous-Secrétaire d'Etat spécifie expressément que les télégrammes adressés au requérant ne lui seront plus, à l'avenir, remis qu'au bureau télégraphique de Faverges ou par le service postal, à moins que le requérant ne consente à placer une boîte et une sonnette à la porte de son enclos; que ces décisions font grief au sieur Chomel et que, dès lors, le ministre n'est pas fondé à soutenir qu'elles ne constituent pas des actes administratifs susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat par la voie contentieuse. »

2. Conseil d'Etat, 6 mai 1931, *Tondut*, S. 1931.3.81 (et la note) : « *Sur la compétence* : ... Considérant qu'à la suite du retrait de la concession primitivement accordée, le sieur Tondut, en qualité d'habitant de la ville d'Agde, a demandé au maire de la dite ville de le faire bénéficier du service de distribution d'eau, exploité en régie par la ville, en lui accordant une nouvelle concession; qu'il est recevable à déférer au Conseil d'Etat, par la voie du recours pour excès de pouvoir, la décision implicite par laquelle le maire a refusé de faire droit à sa demande; — *Sur la légalité de la décision refusant au requérant une concession d'eau* : « Considérant que le sieur Tondut a demandé que lui soit accordée une concession d'eau dans les conditions prévues par les règlements municipaux en vigueur; que si, aux termes de l'article 2 du règlement municipal du 1^{er} janvier 1903, « l'Administration est seule juge des cas dans lesquels des concessions demandées ou existantes pourraient nuire au service public et doivent être refusées, suspendues ou supprimées », le maire ne saurait se prévaloir de cette disposition pour établir des discriminations entre des habitants demandant à bénéficier, dans des conditions égales, du service de distribution d'eau; « Considérant qu'il ne résulte pas des pièces du dossier que l'administration ait été dans l'obligation de refuser le bénéfice du dit service public au requérant à raison de la situation particulière dans laquelle ce dernier se serait trouvé; que, dès lors, le sieur Tondut est fondé à demander l'annulation pour excès de pouvoir de la décision, qui au surplus présente dans les circonstances de la cause un caractère nettement abusif, par laquelle le maire a refusé de lui accorder une concession d'eau dans les conditions prévues par les règlements en vigueur. »

que, pour annuler le refus du maire, elle se fonde non sur les dispositions du règlement du service, qui auraient même pu conduire à une solution contraire, mais sur le principe général de l'égalité devant le service. La même solution vaudrait pour des recours intéressant d'autres régies, qu'ils soient dirigés contre des décisions du maire, ou du directeur ou conseil d'administration de la régie, si celle-ci était soumise à une gestion autonome.

L'usager qui réclame le bénéfice d'un service concédé est dans une situation moins favorable car le concessionnaire, qui seul est en relations avec le public, n'est pas une autorité administrative. Ses décisions, ses refus d'accorder le bénéfice du service ne peuvent être déférés au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir. Pour faire jouer ce recours, l'usager devra employer un procédé détourné, demander aux représentants qualifiés de la collectivité concédante d'agir sur le concessionnaire pour obtenir qu'il lui accorde les prestations du service, et déférer au Conseil d'Etat la décision expresse ou implicite prise sur cette demande. Qu'un recours formé dans ces conditions soit recevable, ce ne peut plus être contesté aujourd'hui en présence des décisions formelles du Conseil d'Etat qui ont admis de tels recours¹. Mais quelles peuvent en être exactement la portée et l'efficacité? Ce recours ne peut aboutir à un résultat utile, c'est-à-dire à l'annulation de la décision expresse ou implicite de l'autorité administrative, que si celle-ci avait l'obligation juridique d'imposer au concessionnaire la mesure demandée par l'usager. Il ne nous paraît pas douteux d'ailleurs qu'au concédant incombe l'obligation d'assurer le respect des dispositions réglementaires, des clauses du cahier des charges, édictées en faveur des usagers ainsi que des principes généraux, tels que celui de l'égalité devant le service, s'imposant dans la gestion de tout service public. Le concédant ne pourrait se soustraire à cette obligation en invoquant des motifs d'opportunité que si ces motifs sont de nature à justifier une dérogation aux règlements. Il appartient au Conseil d'Etat, sinon d'apprécier les considérations d'op-

1. Conseil d'Etat, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de Croix-de-Seguey-Tivoli à Bordeaux*, Rec., p. 961, avec les concl. de M. Romieu; 18 janvier 1924, *Laperche*, Rec., p. 56.

portunité présentées, du moins de vérifier l'exactitude matérielle des faits invoqués, d'une part, et, d'autre part, si ces considérations autorisaient, en droit, l'autorité concédante à refuser de faire droit à la demande de l'usager. Supposons, par exemple, qu'un habitant d'une ville demande à bénéficier, dans les conditions réglementaires, du service de distribution d'eau exploité en concession; le concessionnaire refuse, et le maire, sur réclamation de l'usager, refuse à son tour d'imposer au concessionnaire la mesure demandée. Si ce refus est fondé sur l'intérêt du service, par exemple sur les nécessités de la desserte des abonnés antérieurs, le Conseil d'Etat devra apprécier si les faits invoqués sont exacts. Dans l'affirmative, il rejette le pourvoi, car des considérations de cette nature justifient une dérogation à la règle de l'égalité devant le service, à moins que le cahier des charges n'en dispose autrement. Si au contraire les faits ne sont pas exacts ou si le refus est fondé sur des considérations étrangères aux nécessités de la distribution de l'eau, même s'agirait-il de considérations d'opportunité tirées de l'intérêt général, par exemple de l'intérêt financier de la collectivité concédante, la décision de refus devrait, à notre sens, être annulée. Ainsi les obligations juridiques incombant à l'autorité concédante ne lui laissent en la matière qu'un pouvoir d'appréciation très limité : il est exact de dire que cette autorité a « compétence liée ». Il n'en demeure pas moins que le recours pour excès de pouvoir ne pourra aboutir qu'à l'annulation d'un refus exprès ou implicite d'imposer au concessionnaire une mesure déterminée. Cette annulation obtenue, la partie n'est pas encore gagnée, car il faut encore que le concédant d'abord, le concessionnaire ensuite, prennent la décision demandée, et, s'ils y sont juridiquement tenus, leur mauvaise volonté peut néanmoins paralyser en fait, au moins temporairement, l'exercice du droit de l'usager. Il est toujours plus difficile de vaincre deux forces d'inertie qu'une seule, et l'usager d'un service concédé est, à cet égard, dans une situation moins favorable que celui d'une régie.

2. Décisions de l'autorité de tutelle.

Lorsque le service public industriel, quel que soit son mode d'exploitation, relève d'une collectivité décentralisée, département, commune, colonie, l'usager peut demander aux autorités disposant d'une tutelle administrative sur cette collectivité d'user de leurs pouvoirs pour la contraindre à faire fonctionner le service dans les conditions réglementaires. Le refus opposé à une telle demande sera encore une décision susceptible de recours pour excès de pouvoir. Mais l'efficacité du recours sera en général très limitée.

Cela tient en premier lieu aux règles qui président à l'exercice de la tutelle administrative. L'usager ne peut demander à l'autorité de tutelle que ce que celle-ci peut faire : or la tutelle ne peut s'exercer que dans les cas, dans les limites et suivant les conditions prévus par la loi. Et les pouvoirs directs de tutelle, les seuls dont il soit possible de faire juridiquement état, sont assez restreints : ils se ramènent à la possibilité de refuser une approbation, parfois de prononcer une annulation, exceptionnellement de substituer, dans un cas déterminé, l'autorité de tutelle à l'autorité décentralisée. En dehors des cas exceptionnels où la substitution est permise, il n'appartient pas en principe à l'autorité de tutelle d'adresser des injonctions à l'autorité décentralisée ni de réformer les décisions prises par celle-ci¹. Si donc la loi la laisse désarmée à l'égard d'actes ou d'abstentions contraires au droit, l'autorité de tutelle est réduite à former contre ces actes ou ces abstentions un recours pour excès de pouvoir, ainsi qu'aurait pu le faire l'usager lui-même. En pareille hypothèse, ce dernier n'a évidemment aucun intérêt à s'adresser à l'autorité de tutelle. Sans doute celle-ci dispose-t-elle à l'égard de la collectivité décentralisée de tout un ensemble de moyens indirects de pression par le contrôle qu'elle exerce sur ses

1. V. notamment, Conseil d'Etat, 26 juin 1896, *Commune de Montagnac*, Rec., p. 521 : « Le préfet ne peut se servir des pouvoirs à lui conférés par l'article 95 de la loi municipale pour assurer l'exécution de conventions passées entre la commune et des particuliers. » Doit donc être annulé pour excès de pouvoir l'arrêté par lequel un préfet infirme l'arrêté d'un maire retirant, pour cause d'inexécution des clauses stipulées, des concessions d'eau précédemment accordées par lui aux conditions fixées dans un cahier des charges délibéré par le conseil municipal.

agents, sur sa gestion financière, sur ce que l'on peut appeler les « procédures d'exécution » des décisions prises; sans doute également est-elle en mesure d'exercer une action officieuse puissante en raison du concours que les collectivités locales sont en maintes circonstances obligées, soit en droit, soit en fait, de lui demander. Mais aucune voie de droit ne saurait être ouverte à l'usager pour contraindre l'autorité de tutelle à user de tels procédés. En pratique le recours à cette autorité ne pourra avoir d'efficacité juridique que dans la mesure où une législation spéciale lui donne un contrôle particulièrement étendu sur le fonctionnement du service public considéré : tel est le cas par exemple de la législation des voies ferrées d'intérêt local qui donne au préfet de larges pouvoirs, même à l'égard des services concédés ou exploités en régie par des communes.

Mais une autre considération vient, même en ce cas, limiter la portée du recours ouvert contre la décision ou l'abstention de l'autorité de tutelle : la tutelle administrative est essentiellement un contrôle exercé sur l'activité des collectivités décentralisées en vertu de considérations d'opportunité. Elle est établie dans l'intérêt général de l'Etat et il appartient à l'autorité qui l'exerce d'apprécier si cet intérêt exige ou non une intervention. En règle générale l'autorité de tutelle n'a, en aucune circonstance, l'obligation juridique d'user de ses pouvoirs. L'usager ne peut donc, en droit, lui faire grief de son abstention. Il n'en irait autrement que si l'autorité de tutelle motivait son refus de donner suite à la demande de l'usager par des considérations matériellement inexactes ou juridiquement erronées. Le juge de l'excès de pouvoir aurait alors prise sur la décision et devrait l'annuler. L'efficacité du recours de l'usager dépend ainsi dans une large mesure de la bonne volonté de l'autorité de tutelle qui, le plus souvent, n'est pas légalement tenue de motiver ses décisions¹.

1. Concl. de M. Romieu sous Conseil d'Etat, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli à Bordeaux*, Rec., p. 966 : «... Les pouvoirs de tutelle de l'administration sur les « contrats des communes... comportent tout à la fois une appréciation « de droit et une appréciation de fait. Si l'administration refuse de faire « usage de ses pouvoirs de tutelle pour des raisons de bonne administration, « d'opportunité, soit, par exemple, parce que la situation financière de la commune ne permet pas d'exécuter certaines dépenses, soit parce que

Il y a cependant des cas où l'autorité de tutelle a l'obligation juridique d'intervenir : il en est ainsi toutes les fois qu'elle exerce un contrôle de légalité. Le type d'un tel contrôle est celui reconnu au préfet sur les délibérations du conseil municipal par les articles 63 et suivants de la loi du 5 avril 1884. Après quelques hésitations, la jurisprudence admet aujourd'hui de la manière la plus nette que le préfet ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de déclarer la nullité d'une délibération illégale : il a l'obligation de déclarer cette nullité. C'est pourquoi, si le préfet s'est fondé sur un motif de droit erroné, le Conseil d'Etat peut substituer à ce motif un motif de droit exact : « Il appartient au Conseil d'Etat, « statuant sur un recours formé contre un arrêté préfec-
« toral déclarant nulle de droit une délibération de conseil
« municipal, d'examiner, quels que soient les motifs sur
« lesquels est fondé l'arrêté attaqué, si le conseil municipal
« a agi dans la limite des attributions qui lui sont con-
« férées par la loi du 5 avril 1884¹. » Cette solution n'est nullement fondée sur les termes particuliers des articles 63 et 65 de la loi municipale qui parlent d'une nullité « de plein droit » « déclarée » par le préfet. Elle avait, en effet, été consacrée auparavant à propos du contrôle exercé en Alsace et en Lorraine par l'autorité de tutelle sur les arrêtés de police municipale², bien que la loi locale dispose seulement que cette autorité « peut rapporter les arrêtés de « police pris par le maire » (art. 72 de la loi du 6 juin 1895). De cette jurisprudence résulte, de la manière la

« des mesures de rigueur, prises hâtivement à l'égard du concessionnaire,
« risqueraient de désorganiser le service ou de faire naître un litige qui
« pourrait présenter de graves inconvénients, il n'y a évidemment pas de
« recours contentieux, car le citoyen n'a pas de droit acquis à contester les
« raisons purement administratives qui empêchent l'intervention de l'ad-
« ministration même dans un cas où l'inexécution du contrat serait établie...
« Mais si l'administration, au lieu de motiver son refus d'agir sur des raisons
« d'opportunité, prétendait nier le bien fondé de la réclamation et la rejeter
« en droit, la base du refus serait juridique et la matière deviendrait conten-
« tieuse... » En l'espèce, le préfet, autorité de tutelle, avait motivé en droit son refus de donner suite à la réclamation des requérants. Mais, le Conseil d'Etat a estimé qu'il n'avait commis aucune erreur de droit.

1. Conseil d'Etat, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, D. 1932.3.26, avec les concl. de M. Josse. Cet arrêt consacre définitivement un revirement de jurisprudence (cf. notamment en sens contraire, Conseil d'Etat, 3 avril 1930, *Mas et autres*, D. H. 1930, p. 399).

2. Conseil d'Etat 19 juin 1931, *Ville de Sarreguemines*, S. 1932.3.25 et la note.

plus nette, que tout contrôle de légalité présente un caractère obligatoire pour celui qui l'exerce. Mais c'est seulement dans ces cas, où l'intervention de l'autorité de tutelle participe à la fois de l'administration et de la juridiction, que l'usager pourra en toute sécurité s'adresser à cette autorité. Il y a là, en effet, des situations exceptionnelles : en règle générale l'autorité de tutelle peut toujours refuser, pour des raisons d'opportunité, de faire droit aux réclamations présentées.

A ces différentes considérations qui viennent limiter l'efficacité du recours pour excès de pouvoir formé contre une décision soit de l'autorité dont relève le service, soit de l'autorité de tutelle, il convient d'ailleurs d'ajouter le principe jurisprudentiel d'après lequel le juge de l'excès de pouvoir ne peut interpréter les clauses du cahier des charges d'une concession : saisi d'un recours fondé sur la violation d'une telle clause, il doit donc, si celle-ci n'est pas parfaitement claire, soit rejeter le recours soit surseoir à statuer et renvoyer les parties à se pourvoir devant le juge du contrat afin d'en obtenir l'interprétation. La situation est ici exactement la même qu'en cas de recours dirigé contre une mesure d'organisation du service et fondé sur la violation du cahier des charges; nous ne pouvons que renvoyer aux développements antérieurs consacrés à cette question et aux critiques que nous avons, à cette occasion, adressés à la jurisprudence.

Le recours pour excès de pouvoir apparaît donc comme une garantie très imparfaite des droits de l'usager. Non seulement, ne tendant qu'à une annulation, il ne peut jamais donner entière satisfaction à un usager qui, le plus souvent, réclame une prestation positive, mais encore l'annulation elle-même sera en général difficile à obtenir, en raison des pouvoirs d'appréciation que la jurisprudence, à juste titre d'ailleurs, reconnaît à l'administration dans le contrôle du fonctionnement du service public. N'est-ce pas la preuve que le recours pour excès de pouvoir n'est pas adapté au rôle que l'on veut lui faire jouer en ce domaine? S'il est un moyen particulièrement perfectionné d'assurer le respect de la légalité, il n'est qu'un moyen très imparfait d'obtenir la reconnaissance d'un droit.

§ 2. L'ACTION EN EXÉCUTION.

Concluant en 1906 devant le Conseil d'Etat, M. Romieu, alors commissaire du gouvernement, constatait qu'en dehors du recours pour excès de pouvoir, l'usager n'avait aucun moyen pratique de faire reconnaître juridiquement son droit¹. Telle est aujourd'hui encore la thèse généralement admise en doctrine, mais, tandis que M. Romieu arrivait à cette conclusion par l'examen des différentes voies de droit auxquelles l'usager aurait pu songer, de leurs conditions d'exercice et de leurs chances de succès, les auteurs fondent leur affirmation sur un principe théorique, sur l'absence d'un droit véritable de l'usager au service. Si ce principe est exact, l'usager ne peut certainement avoir aucune action personnelle en exécution des obligations incombant au service à son égard. Si au contraire, comme nous le croyons, l'usager est titulaire d'un droit de créance à l'encontre du service, il est nécessaire d'examiner de quelles voies de droit l'usager peut disposer pour obtenir directement la réalisation de son droit.

Il conviendra, en premier lieu, d'examiner la possibilité pour lui, s'il est contribuable de la commune, d'exercer, par application de l'article 123 de la loi du 5 avril 1884, les actions en justice ouvertes à celle-ci. Quelle que soit la situation juridique de l'usager, ce dernier ne peut se voir refuser cette voie de droit, ouverte par un texte spécial et exceptionnel.

En second lieu, si l'on voit dans la concession de service public une stipulation pour autrui, l'usager, bénéficiaire de cette stipulation, disposera, devant le juge du contrat de concession, d'une action directe en exécution des clauses du contrat de concession.

Nous devons enfin nous demander si l'obligation légale incombant à la collectivité publique ou à son concessionnaire d'accorder à l'usager le bénéfice du service ne donne pas également ouverture à une action directe en exécution de cette obligation, sauf à déterminer quel serait le juge compétent pour en connaître.

1. Concl. de M. Romieu sous Conseil d'Etat, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli à Bordeaux*, Rec., p. 967.

A. Exercice des actions de la commune par le contribuable.

Aux termes de l'article 123 de la loi du 5 avril 1884, modifié par la loi du 8 janvier 1905, « tout contribuable inscrit « au rôle de la commune a le droit d'exercer, tant en « demandant qu'en défendant, à ses frais et risques, avec « l'autorisation du conseil de préfecture, les actions qu'il « croit appartenir à la commune ou section, et que celle-ci, « préalablement appelée à en délibérer, a refusé ou négligé « d'exercer ». Cette disposition a pour but de protéger contre le mauvais vouloir ou la négligence des autorités municipales les intérêts de gros contribuables qui, tout en payant la plus forte part des impôts communaux, ne constitueraient qu'une minorité d'électeurs. Il y a là une règle exceptionnelle, propre à la législation municipale. Cette voie de droit ne peut donc, en tout état de cause, être ouverte qu'aux usagers de services publics industriels relevant de la commune. De plus elle ne saurait jouer, en règle générale, qu'à l'égard de services concédés, puisqu'elle n'est que l'exercice d'actions en justice appartenant à la commune contre un tiers. A l'extrême rigueur pourrait-on concevoir que le contribuable d'une section de commune exerçât l'action de cette section contre la commune, en vue d'obtenir le fonctionnement à son profit d'un service exploité en régie : mais il faudrait pour cela des circonstances exceptionnelles qui ne paraissent pas en pratique s'être jamais rencontrées. Nous n'envisagerons par conséquent l'exercice par le contribuable des actions de la commune que comme un moyen pour l'usager d'un service municipal concédé d'obtenir le fonctionnement régulier de ce service à son profit. D'ailleurs, à ce titre même, l'efficacité de l'action du contribuable, limitée déjà par le champ d'application de l'article 123 de la loi du 5 avril 1884, l'est encore à raison tant des conditions d'exercice que de la portée de cette action.

1. Conditions d'exercice de l'action du contribuable.

En raison même de son caractère exceptionnel, l'exercice par le contribuable des actions de la commune est entouré de très strictes conditions intéressant principalement la

qualité de celui qui agit et les formalités préalables à l'introduction de l'action.

Tout d'abord l'exercice des actions de la commune n'appartient qu'aux contribuables de cette commune; plus précisément il est subordonné à l'inscription au rôle de l'une des contributions directes de la commune. L'usager, comme tel, ne peut donc se prévaloir de l'article 123 de la loi municipale s'il n'est en même temps contribuable, mais le plus souvent l'intéressé réunira l'une et l'autre qualités. Ce que peut faire un contribuable, un groupement de contribuables pourrait le faire également¹. Il semble même qu'un groupement d'usagers soit également recevable à user de cette voie de droit, s'il est régulièrement constitué et s'il est inscrit au rôle de l'une des contributions directes de la commune. Au surplus, si le groupement lui-même n'était pas contribuable, il pourrait toujours agir par l'intermédiaire de l'un de ses membres ayant cette qualité et auquel il apporterait l'appui de ses ressources et de son influence². L'exigence de la qualité de contribuable n'apparaît donc pas un obstacle sérieux à l'emploi par les usagers ou leurs groupements de cette voie de droit pour obtenir le fonctionnement régulier d'un service public municipal à leur profit.

Il n'en va pas complètement de même des formalités préalables auxquelles est subordonnée l'introduction de l'action. En premier lieu, l'action est intentée aux frais et risques du contribuable auquel peut être imposée la consignation préalable des frais d'instance. En second lieu, le contribuable doit mettre la commune en demeure d'exercer l'action qu'il se propose d'introduire, et il ne peut donner suite à son intention qu'en justifiant du refus ou de la négligence du conseil municipal appelé à délibérer sur le litige; or il n'y a pas négligence du seul fait que la commune n'intente pas une action en justice: si, par exemple, la municipalité engage avec son concessionnaire des

1. Décret en Conseil d'Etat du 10 août 1905, *Syndicat des propriétaires Senonais c. Maire de Sens*, Rec., p. 1027.

2. Décret en Conseil d'Etat du 26 juin 1922, *Mériot* (contribuable de la ville de Cannes et président de l'Union des abonnés à l'électricité de Cannes) Rec., p. 1015 et S. 1924.3.25 avec la note de M. Hauriou; 1^{er} mars 1926, *Moreau* (contribuable de la ville d'Yport et président du Syndicat d'initiative groupant des propriétaires et commerçants) c. *Société Lebon et Cie*, Rec., p. 1199.

négociations au sujet de la mauvaise exécution du service, à propos de laquelle l'usager contribuable demande à exercer les actions de la commune, il n'y a pas de la part de celle-ci négligence dans l'exercice de ses droits¹. Enfin et surtout le contribuable ne peut exercer l'action de la commune qu'avec l'autorisation du conseil de préfecture, lequel statue sauf appel au chef de l'Etat statuant en Conseil d'Etat : or conseil de préfecture et Conseil d'Etat exercent un contrôle sur l'opportunité de l'action que le contribuable entend introduire. L'autorisation de plaider sera refusée si l'action ne présente pas des chances sérieuses de succès², ou encore s'il n'est pas établi que la commune ait un intérêt suffisant à ce qu'elle soit intentée³. Le Conseil d'Etat va même assez loin dans cette appréciation : il examine l'opportunité de l'action, non pas seulement en elle-même, mais encore en tant qu'exercée par le contribuable et non par la commune. Appelé à se prononcer sur la demande d'un contribuable de Cannes, usager du service municipal de distribution d'électricité, tendant à exercer une action contre le concessionnaire de ce service dont le fonctionnement laissait à désirer, il a refusé l'autorisation de plaider par le motif « que, dans les circonstances de « l'affaire, il paraît que seul le conseil municipal de Cannes « pourrait, le cas échéant, exercer opportunément l'action « qui appartient à la commune contre la société conces- « sionnaire; que, dès lors, il serait contraire aux intérêts « de la ville d'autoriser le sieur M. ... à intenter actuel- « lement la dite action aux lieu et place de la commune de « Cannes⁴ ». C'est dire que les actions exercées contre un concessionnaire, en raison des répercussions qu'elles peuvent entraîner, en raison notamment des responsabilités qui peuvent en résulter pour la commune, ne doivent pas être laissées à l'initiative d'un contribuable. Si tel est,

1. Décret en Conseil d'Etat du 26 juin 1922, *Mériot*, Rec., p. 1015, et S. 1924.3.25 avec la note de M. Hauriou.

2. V. notamment : Décret en Conseil d'Etat du 22 mars 1910, *Laporte*, Rec., p. 1062.

3. V. Décret en Conseil d'Etat du 1^{er} mars 1926, *Moreau*, Rec., p. 1199.

4. Décret en Conseil d'Etat du 26 juin 1922, *Mériot*, Rec., p. 1015, et S. 1924.3.25 avec la note de M. Hauriou. Il faut remarquer qu'à la suite du refus de l'autorisation de plaider, Mériot a formé, tant en son nom personnel, qu'au nom de l'Union des abonnés à l'électricité de la ville de Cannes, un recours direct en indemnité contre la Société concessionnaire (V. Conseil d'Etat, 8 février 1929, *Soc. d'éclairage électrique de Cannes*, Rec., p. 157).

comme nous le croyons, le sens du décret rendu sur l'avis du Conseil d'Etat, il y a là bien certainement une limitation considérable apportée à la faculté pour les usagers de recourir à la procédure de l'article 123 de la loi du 5 avril 1884. Sans doute est-ce une décision d'espèce, fondée sur « les circonstances de la cause », mais les motifs qui, dans le cas particulier, ont justifié le refus de l'autorisation de plaider se retrouveront dans la plupart des cas où un usager prétendra agir, au nom de la commune, contre un concessionnaire de service public.

2. Portée de l'action du contribuable.

En admettant que le contribuable soit autorisé à exercer l'action de la commune contre le concessionnaire, il reste à déterminer quelle pourra être la portée exacte de cette action. Il exerce en effet non ses droits propres, mais ceux de la commune. Or si celle-ci est certainement recevable à se prévaloir à l'encontre de son concessionnaire du mauvais fonctionnement du service, il n'est pas évident *a priori* qu'il en soit de même si elle entend demander au concessionnaire l'exécution d'obligations lui incombant à l'égard d'un usager déterminé.

Dans le cadre en effet de la stipulation pour autrui, les civilistes ne s'accordent pas à admettre que le stipulant puisse exercer à l'encontre du promettant une action en exécution des obligations incombant à ce dernier vis-à-vis du tiers bénéficiaire. C'est même l'opinion contraire qui prévaut en général : la stipulation pour autrui fait naître directement en la personne du tiers bénéficiaire un droit à l'encontre du promettant; seul le tiers peut donc se réclamer de ce droit, le stipulant, sans intérêt à le faire, pourrait seulement se fonder sur l'inexécution par le promettant de ses obligations pour demander la résolution de la stipulation. Il n'en irait autrement que si le stipulant avait un intérêt personnel à l'exécution des obligations du promettant vis-à-vis du tiers, par exemple s'il avait stipulé une clause pénale¹. A la vérité cette thèse est aujourd'hui vivement combattue, et l'on tend à admettre que le sti-

1. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, n° 1258.

pulant a, dans tous les cas, une action en exécution contre le promettant : il a en effet toujours un intérêt, au moins moral, à cette exécution, et un tel intérêt suffit à fonder une action. D'autre part le promettant s'est engagé contractuellement vis-à-vis du stipulant à fournir certaines prestations au tiers bénéficiaire : les obligations nées de ce fait au profit du tiers sont un élément du contrat conclu entre le stipulant et le promettant, et il serait contraire aux principes généraux du droit des contrats que le stipulant ne pût en obtenir l'exécution¹.

Nous avons insisté quelque peu sur ces discussions doctrinales car elles ont eu une influence certaine sur la jurisprudence relative aux droits de la commune, et partant du contribuable agissant en son nom, à l'encontre du concessionnaire. C'est, en effet, par application de la doctrine excluant toute action en exécution du stipulant à l'encontre du promettant que le Conseil d'Etat, dans un arrêt déjà ancien, a déclaré non recevable l'action exercée par un contribuable au nom de la commune contre le concessionnaire du service municipal de distribution d'eau en vue de faire reconnaître le droit qu'il prétendait avoir d'obtenir la fourniture de l'eau dans les conditions prévues au cahier des charges; cet arrêt se fonde en effet sur ce « qu'une « telle action n'impliquait l'exercice d'aucun des droits « conférés » à la commune par le traité de concession². En partant de la même doctrine, la Cour de cassation de Belgique a été amenée à édifier une intéressante construction en vue de concilier les droits de la commune concédante et ceux des usagers tiers bénéficiaires : la commune ne peut pas demander la condamnation du concessionnaire à l'exécution d'obligations lui incombant à l'égard des usagers individuellement considérés, elle peut seulement « faire reconnaître *en principe* les droits résultant pour « les habitants » du traité de concession, ceux-ci ayant « individuellement le droit d'exiger de la société l'exécution « des stipulations faites à leur profit³ ». L'application de

1. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 4^e éd. t. II, p. 331; Planiol, Ripert et Esmein, *Les Obligations*, n° 364.

2. Conseil d'Etat, 21 novembre 1890, *Compagnie des Eaux c. Michel*, Rec., p. 848 et S. 1892.3.143.

3. Cass. Belg., 21 juillet 1888, *Ville de Mons, c. Robert et Cie*, S. 1889.4.9, avec la note de M. Labbé. V. également, à propos de cet arrêt, Sainctelette, « Des contrats d'utilité publique », in *Rev. de droit international et de législation comparée*, 1888, p. 425.

cette jurisprudence aux actions introduites en vertu de l'article 123 de la loi municipale conduirait à décider que le contribuable, agissant au nom de la commune, peut faire reconnaître *in abstracto* le droit au service des usagers remplissant les conditions réglementaires, chacun d'eux et lui-même en particulier pouvant se prévaloir individuellement de ce droit par des actions distinctes à l'encontre du concessionnaire. Mais ce système implique l'existence d'un recours direct du candidat à l'usage du service contre le concessionnaire, et, si ce recours existe, celui de l'article 123 de la loi municipale perd tout son intérêt. Si, au contraire, ce recours direct n'existe pas, à quoi servira-t-il au contribuable de faire reconnaître un droit théorique des usagers dont il n'a pas le moyen d'obtenir pratiquement la réalisation? Toutes ces difficultés disparaissent, au contraire, dans la doctrine nouvelle qui reconnaît l'existence d'une action du stipulant contre le promettant en vue de l'exécution des obligations incombant à ce dernier à l'encontre du tiers bénéficiaire.

Si d'ailleurs, comme nous croyons l'avoir montré, la concession de service public n'est pas une stipulation pour autrui, mais un contrat, propre au droit public, par lequel le concessionnaire s'engage vis-à-vis de la collectivité administrative à assurer le fonctionnement du service concédé, la question se pose sur un plan tout à fait différent. Sans doute le fonctionnement du service se résume-t-il à des prestations aux usagers, tiers vis-à-vis des contractants, mais si la satisfaction de ces usagers, de ces tiers est la fin du service, la commune contracte en réalité au nom d'un intérêt collectif, somme de ces intérêts individuels, et elle est par suite fondée à exiger à tout moment de son cocontractant l'exécution complète du service : en le faisant elle n'exerce pas des droits appartenant individuellement aux usagers, elle exerce son droit propre, elle sauvegarde l'intérêt collectif en vue duquel elle a contracté. Ce principe permet de définir de la manière la plus précise la portée de l'action de la commune, et, par suite, de l'action du contribuable agissant en son nom : cette action englobe tout ce qui intéresse le fonctionnement du service, qu'il s'agisse de son fonctionnement général ou de son fonctionnement au profit d'un usager individuellement considéré¹.

1. Cf. Cass. Civ., 3 juillet 1918, *Laherre et Maychine c. Comm. de Geüs*,

Elle permet donc à l'usager contribuable ou au groupement d'usagers qualifié pour agir de demander au juge du contrat de concession la condamnation du concessionnaire qui n'assurerait pas le fonctionnement du service conformément au cahier des charges¹, alors même qu'on lui reprocherait simplement le refus des prestations du service à un seul usager. A l'inverse, le contribuable, agissant au nom de la commune, ne serait pas recevable à exercer contre le concessionnaire une action qui ne tendrait pas à assurer le fonctionnement du service. Il se peut ainsi que le concessionnaire, par suite du fonctionnement défectueux ou irrégulier du service, assume vis-à-vis des usagers certaines obligations dont l'exécution en elle-même est indépendante de ce fonctionnement : la commune, le contribuable ne pourraient demander en justice l'exécution de ces obligations ; ils seraient, par exemple, sans qualité pour demander le remboursement aux usagers de sommes que ceux-ci auraient indûment versées au concessionnaire².

Cette restriction laisse à l'action du contribuable une portée appréciable, puisqu'elle permet d'obtenir à son profit le fonctionnement du service. Mais si tel est le principe, il n'en va pas en pratique tout à fait de même. Le contribuable, agissant au nom de la commune, ne peut en effet demander que l'application des sanctions contractuelles : la déchéance, la mise en régie provisoire, au minimum des dommages-intérêts. On trouve d'ailleurs en jurisprudence des exemples de contribuables demandant à exercer au nom de la commune concédante l'action en résolution du contrat de concession³. Mais il est manifeste que de telles sanctions sont trop lourdes pour que le juge soit disposé à en faire l'application à des faits d'inexécution n'atteignant pas un certain degré de gravité : elles pourront difficilement jouer lorsque l'action du contribuable sera fondée uniquement sur un refus individuel des prestations

S. 1921.1.118 : « Cette disposition légale (art. 123 de la loi du 5 avril 1884) « habilite le contribuable à exercer le droit communal, non seulement dans « l'intérêt de la collectivité, mais encore dans son intérêt propre, et pour « défendre aux actions où il est pris individuellement en sa qualité d'habitant « de la commune. »

1. Conseil d'Etat, 22 mai 1914, *Rougier-Labergerie*, Rec., p. 626.

2. Conseil d'Etat, 8 août 1888, *Commune de Neuilly*, Rec., p. 732; 24 janvier 1896, *Ville de Saint-Etienne c. Compagnie du Gaz*, Rec., p. 68.

3. Décret en Conseil d'Etat, 1907, *Baron*, Rec., p. 1017.

du service¹. Pour que l'action du contribuable fût efficace, il faudrait qu'elle pût aboutir à la condamnation, sous astreinte, du concessionnaire à exécuter le service. Or les tribunaux administratifs refusent, d'une manière constante, de prononcer de telles condamnations², jurisprudence qui, si elle s'impose à l'égard de l'administration en vertu du principe de l'indépendance de l'administration à l'égard du juge, ne se justifie guère vis-à-vis du concessionnaire. alors surtout que c'est l'administration qui demande la condamnation. Sans doute le Conseil d'Etat a-t-il essayé de pallier aux inconvénients de cette situation en prononçant des condamnations à des dommages-intérêts « si mieux « n'aime l'administration (ou le concessionnaire) exécuter « les travaux (ou fournir les prestations)³ ». Mais l'indemnité prévue ne peut jamais excéder le préjudice effectivement subi par le demandeur, en l'occurrence par la commune concédante. Or, quel peut être le préjudice subi par une commune du fait du refus du concessionnaire de fournir les prestations du service à un usager déterminé? Il est évidemment infime, et le juge serait à coup sûr fort embarrassé de l'évaluer.

Nous sommes ainsi amené à conclure que l'exercice par l'usager de l'action de la commune contre le concessionnaire, par application de l'article 123 de la loi du 5 avril 1884, est d'une efficacité très douteuse. Il y a là, à la vérité, une institution non adaptée au but poursuivi. Cette voie de droit ne peut être regardée comme une garantie sérieuse du droit de l'usager au service.

B. Action de l'usager devant le juge du contrat de concession.

Pour quiconque voit dans la concession de service public une stipulation pour autrui, les clauses insérées dans ce contrat au profit de l'usager confèrent à ce dernier un droit de créance sanctionné par une action devant le juge du contrat de concession. Tel est le principe formellement admis par des arrêts récents du Conseil d'Etat. Mais l'examen de ces arrêts permet de constater que la doctrine qui y est

1. V. Conseil d'Etat, 30 mars 1928, *Soc. Sud-Electrique*, Rec., p. 480.

2. V. notamment sur le recours d'un contribuable, Conseil d'Etat, 22 mai 1914, *Rougier-Labergerie*, Rec., p. 626; v. également, Conseil d'Etat, 27 janvier 1933, *Le Loir*.

3. V. notamment, Conseil d'Etat, 10 mars 1905, *Berry et Chevallard c. Commune de Poilly-sur-Tholon*, Rec., p. 255.

consacrée ne coïncide pas exactement avec la théorie civiliste de la stipulation pour autrui.

La stipulation pour autrui fait naître entre le tiers bénéficiaire et le promettant des rapports juridiques nettement distincts de ceux qui s'établissent entre le tiers et le stipulant. Le tiers bénéficiaire, par le fait de son acceptation de la stipulation, est titulaire d'un droit direct et personnel né du contrat, et dispose à l'encontre du promettant d'une action directe en exécution des obligations lui incombant en vertu de ce contrat. Il peut se prévaloir de toutes les garanties édictées pour assurer l'exécution du contrat. Son action, bien entendu, ne peut être portée que devant le juge du contrat. Au contraire le tiers n'a pas d'action contre le stipulant : plus exactement il n'a d'autre action que celle pouvant résulter des rapports préexistants, indépendants de la stipulation pour autrui, qui s'étaient établis entre le stipulant et lui. La stipulation apparaîtra ainsi comme réalisant, suivant le cas, soit un paiement, soit un prêt, soit une libéralité, etc. Il se peut cependant que le stipulant ait voulu s'engager personnellement à procurer au tiers l'avantage stipulé : la stipulation pour autrui peut faire naître dans ce cas des rapports directs entre le stipulant et le tiers, dans la mesure où le promettant peut être regardé comme ayant joué à son tour et réciproquement pour cet engagement le rôle de stipulant. Il y a alors en réalité une double stipulation pour autrui ayant un même objet, chacune des parties étant à la fois stipulant et promettant. C'est dans ce cas, mais dans ce cas seulement, que le tiers aura une action directe contre le stipulant¹.

D'après la doctrine résultant des arrêts du Conseil d'Etat, au contraire, tous les engagements au profit des usagers contenus dans le contrat de concession donnent ouverture, devant le juge du contrat, à une action contre le concessionnaire, s'il s'agit d'obligations incombant au concessionnaire seul, contre le concédant, s'il s'agit d'obligations incombant au concédant seul, contre l'un et l'autre, s'il s'agit d'obligations pouvant être regardées comme à la fois à la charge du concédant et du concessionnaire. Or il est

1. V. sur tous ces points, Planiol, Ripert et Esmein, *Les Obligations*, nos 363 et 365.

évidemment impossible de soutenir que le concessionnaire puisse être jamais regardé comme un stipulant au regard du concédant promettant. D'autre part et surtout les rapports entre concédant et usager n'ont rien de commun avec les rapports entre stipulant et tiers. Sans doute peut-on dire que la concession n'est autre chose qu'un mode d'exécution de l'obligation incombant à la collectivité administrative d'assurer le fonctionnement du service public au profit des usagers, c'est-à-dire un paiement de la créance des usagers, mais, pour qu'il en fût ainsi, il faudrait que cette créance préexistât au contrat de concession : or, si l'usager peut, à la rigueur, être regardé comme ayant une créance virtuelle, un droit éventuel au fonctionnement du service, dès que la création du service a été décidée en principe par la collectivité administrative, cette créance ne naît réellement que du contrat de concession qui en fixe les différentes modalités. Par le contrat de concession, le concédant fixe les droits des usagers et charge le concessionnaire de leur donner satisfaction. Il y a là autre chose et plus qu'une stipulation pour autrui¹.

Les circonstances mêmes dans lesquelles ont été rendus les arrêts du Conseil d'Etat consacrant l'existence d'une action de l'usager devant le juge du contrat montrent nettement cette confusion entre des notions distinctes : pendant longtemps la jurisprudence a refusé à l'usager toute action de cette nature², tout ce qui concerne les rapports entre usagers et concessionnaires ressortissant aux tribunaux judiciaires. En 1917, une tentative fut faite par une association d'usagers pour obtenir du conseil de préfecture la condamnation d'un concessionnaire de chemins de fer à l'exécution de certaines clauses du contrat de concession, concernant notamment le rétablissement d'une station supprimée³. Le conseil de préfecture se déclara incompétent,

1. M. Edouard Lambert, qui avait été le principal théoricien de la stipulation pour autrui comme cadre juridique de la concession de service public, reconnaît aujourd'hui que ces deux notions n'ont aucun point commun (*Economie et droit des entreprises de services publics*, 1933, p. 32).

2. Conseil d'Etat, 30 janvier 1868, *Pradier*, Rec., p. 125; ni l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, « ni aucune autre disposition législative » n'autorisent le conseil de préfecture à connaître des difficultés qui peuvent « s'élever entre la Compagnie et des particuliers quant aux conditions auxquelles ceux-ci peuvent réclamer des concessions d'eau ». — Cependant le Conseil d'Etat avait admis, dès 1894, la possibilité pour l'usager d'intervenir dans une instance entre concédant et concessionnaire (Conseil d'Etat, 2 fév. 1894, *Veuve Stears*, Rec., p. 84).

3. Conseil d'Etat, 9 mars 1917, *Association des intérêts communs du Pecq l'Ermilage*, Rec., p. 234.

et un vice de forme du pourvoi empêcha le Conseil d'Etat de se prononcer sur le fond de la question. C'est seulement en 1926 que le Conseil d'Etat a été amené à consacrer l'existence d'un recours de l'usager devant le juge du contrat de concession dans les circonstances suivantes : une commune, concédant la distribution de l'énergie électrique, avait stipulé dans le cahier des charges spéciales de la concession qu'elle s'engageait à installer à ses frais une lampe électrique par ménage, à condition que l'usager installerait deux lampes au moins à ses propres frais, et ne réclamerait aucune indemnité pour la traversée de sa propriété par les lignes de distribution. Un usager, ayant réclamé le bénéfice de cette stipulation, s'était vu opposer un refus par le conseil municipal par le motif que, lors de l'établissement du réseau, il s'était opposé à la pose de poteaux sur ses terres et avait ainsi obligé le concessionnaire à détourner sa ligne. L'usager s'est pourvu devant le conseil de préfecture qui le débouta au fond. Devant le Conseil d'Etat, saisi sur appel, le commissaire du gouvernement conclut à l'incompétence de la juridiction administrative, tous les litiges relatifs à l'usage d'un service public industriel, qu'ils s'élèvent entre l'usager et le concessionnaire, ou entre l'usager et le concédant, ressortissant à l'autorité judiciaire. Le Conseil d'Etat a estimé au contraire « que le « droit invoqué étant fondé sur une stipulation au profit « du public, que la ville et son concessionnaire avaient « en traitant édictée d'un commun accord dans le contrat « de concession en faveur de ceux qui pourraient dans la « suite être appelés à bénéficier de la distribution, il appartenait au conseil de préfecture, juge dudit contrat, de « statuer sur toutes les difficultés pouvant résulter du « refus opposé par la commune à la demande du sieur G.¹ ». Cette jurisprudence a été confirmée quelques mois plus tard par un arrêt qui, assimilant les agents des services concédés aux usagers, a décidé que les différends s'élevant au sujet du sens et de la portée de clauses d'une concession de service public pouvaient être portés devant le juge du contrat « par les usagers et les agents au profit desquels les « clauses litigieuses ont été insérées dans les conventions². »

1. Conseil d'Etat, 29 octobre 1926, *Gay, Rec.*, p. 910, et S. 1928.3.38.

2. Conseil d'Etat, 22 juillet 1927, *Syndicat des employés et contremaîtres*

Il est remarquable de constater que, dans le seul cas où le Conseil d'Etat ait admis l'action d'un usager portée devant le juge du contrat, il s'agissait d'une action dirigée contre le concédant. Ainsi cette jurisprudence, où l'on veut voir une application de la stipulation pour autrui, consacre une solution qui est complètement en dehors de la théorie générale de cette institution juridique. A tout le moins ne peut-il s'agir que d'une stipulation pour autrui du droit public, différente de celle du droit privé, et soumise par suite à des règles propres. La doctrine du Conseil d'Etat, telle qu'elle résulte de ces décisions, nous paraît pouvoir se résumer d'une manière assez simple : la nature juridique des droits de l'usager est déterminée par celle de l'acte dans lequel ces droits trouvent leur fondement, et la nature juridique de cet acte dépend exclusivement de sa forme. Lorsque les droits de l'usager sont définis par une clause du contrat de concession de service public, qu'il s'agisse de droits à l'encontre du concédant ou à l'encontre du concessionnaire, ces droits ont une origine, une nature contractuelle, et les différends qui peuvent naître à leur sujet ressortissent au juge du contrat de concession.

Cette doctrine implique manifestement une conception purement contractuelle de la concession de service public, tout au moins purement contractuelle dans les relations entre l'usager d'une part, le concessionnaire et le concédant d'autre part. Si, comme nous le croyons, toutes les clauses de la concession n'ont pas le caractère contractuel, si en particulier les clauses concernant l'organisation du service et fixant la situation des usagers sont des dispositions réglementaires et rien de plus, la forme de l'acte dans lequel elles sont contenues ne saurait en modifier la nature juridique : les relations entre l'usager et le concessionnaire, et, à plus forte raison, les relations entre l'usager et le concédant, devraient échapper totalement au juge du contrat.

Au surplus ouvrir à l'usager d'un service concédé une action devant le juge du contrat de concession, c'est le placer dans une situation privilégiée par rapport à l'usager

d'un service exploité en régie. Or il est difficilement admissible que les usagers d'un service de même nature soient dans une situation juridique différente suivant le mode d'exploitation du service. A la vérité, nous voyons surtout dans la jurisprudence du Conseil d'Etat en cette matière une réaction contre la doctrine qui refuse à l'usager tout droit de créance, tout droit personnel et subjectif au service. A ce titre elle échappe à la critique : nous croyons, en effet, à l'existence d'un droit de l'usager au service, mais ce droit, selon nous, existe quel que soit le mode d'exploitation du service, il est inhérent à la situation même de l'usager du service public industriel ; il ne naît pas du contrat de concession, il naît directement des lois et règlements régissant le service, il est la contrepartie d'une obligation légale.

C. Action de l'usager en exécution d'une obligation légale.

Tous les textes qui régissent l'organisation et le fonctionnement des services publics industriels, cahiers de charges des services concédés, règlements des régies, disposent en termes exprès que le concessionnaire ou la régie est tenue d'accorder le bénéfice du service aux personnes le réclamant dans des conditions définies. Si les textes n'étaient pas formels, c'est là une règle qui ne s'imposerait pas moins car elle est de l'essence même du service public. Il nous paraît certain qu'une telle règle crée une obligation juridique pour le concessionnaire ou pour la régie et que cette obligation a sa contrepartie dans un droit de créance de l'usager, droit purement éventuel tant que le bénéfice du service n'est pas demandé, droit effectif et actuel dès que l'usager, par une manifestation unilatérale de volonté, a réclamé ce bénéfice. Nous avons indiqué l'obstacle que pourrait opposer à l'exercice de ce droit à l'égard d'une régie le principe de l'indépendance de l'administration vis-à-vis du juge, et nous espérons avoir démontré qu'en donnant à un service la forme d'une exploitation commerciale, l'administration devait être regardée comme ayant renoncé aux prérogatives résultant pour elle de ce principe. Rien ne nous paraît donc s'opposer à l'exercice par l'usager d'une action directe contre le concessionnaire ou la régie en vue d'obtenir la réalisation de sa créance.

Il reste néanmoins à préciser si ce droit de l'usager et l'action qui le garantit ressortissent au droit public ou au droit privé, aux tribunaux administratifs ou aux tribunaux judiciaires. L'intérêt de la question ne réside pas seulement dans la détermination de la juridiction compétente, les pouvoirs du juge s'en trouveront également affectés. Le juge administratif en effet ne se reconnaît pas le pouvoir de prononcer, même à l'encontre d'un concessionnaire, une condamnation sous astreinte à un *facere*; le juge judiciaire au contraire s'attribue à cet égard les pouvoirs les plus étendus.

A première vue une hésitation peut être permise sur la nature du droit et de l'action de l'usager : malgré le caractère industriel et commercial du service, c'est d'un service public que l'usager, le « candidat à l'usage », demande à bénéficier. Les règles qui fixent les conditions du droit au service ressortissent sans aucun doute au droit public : leur application ne doit-elle donc pas être réservée au juge administratif? Nous ne le croyons pas. En organisant un service public suivant le procédé commercial, l'administration se place volontairement sur le terrain du droit privé. Sans doute les règles d'organisation et de fonctionnement du service sont-elles des règles de droit public, mais, en tant qu'elles définissent les relations des usagers et du service, leur application ressortit aux tribunaux de l'ordre judiciaire, précisément parce que l'emploi du procédé commercial implique, par définition même, que ces relations relèvent du droit privé. A y réfléchir d'ailleurs, il n'y a rien d'anormal à ce qu'un règlement administratif, dans la mesure où les lois le permettent, fasse naître des droits et obligations de droit privé : les tribunaux judiciaires n'ont-ils pas fréquemment à faire application, même au civil, de tels règlements? La nature des droits, la juridiction compétente ne résultent pas du caractère du texte qui définit ces droits, mais du caractère des relations qu'il organise.

La jurisprudence, d'ailleurs, dans des arrêts, sans doute peu nombreux, mais formels, a consacré le principe de la compétence judiciaire en cette matière, avec les conséquences qu'il comporte. Dans un cas particulièrement typique, la Cour de cassation a reconnu la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire pour statuer sur un recours formé contre un concessionnaire de distribution d'eau et tendant

à la condamnation de ce dernier à assurer le bénéfice de cette distribution à un usager déterminé. L'intérêt de cet arrêt réside en ce que non seulement il tranche la question de compétence mais encore il détermine le contenu du droit du candidat à l'usage du service et les pouvoirs du juge. Le droit du candidat à l'usage du service est non un droit direct aux prestations, mais un droit à l'abonnement, d'une manière générale à la conclusion du contrat, de la police, qui servira de base à l'attribution des prestations, et le juge dispose des pouvoirs les plus étendus pour assurer la réalisation de ce droit. Rien n'en témoigne mieux que le dispositif de ce jugement, confirmé par l'arrêt de la Cour d'appel lequel « *ordonne que, dans les trois jours de la signification du présent jugement, la Compagnie des eaux sera tenue d'accepter M. J... comme mandataire de la veuve J... et de passer en conséquence un contrat d'abonnement à 1.000 litres d'eau de source au compteur pour la maison située..., aux prix et conditions du tarif et du règlement, faute de quoi le présent jugement tiendra lieu du dit contrat* ». Et la Chambre civile de la Cour de cassation, après délibération en chambre du conseil, a rejeté le pourvoi formé contre cette décision par le motif « qu'en réclamant l'abonnement aux eaux de la ville de Paris la veuve J... le demandait dans les conditions déterminées par les règlements administratifs; que, dès lors, la Compagnie des Eaux ne pouvait lui refuser cet abonnement aux eaux mises par la ville à sa disposition pour le service des particuliers¹. »

Il est inutile de souligner l'importance de cette jurisprudence. Celle-ci cependant appelle deux observations : en premier lieu les tribunaux ne se sont prononcés qu'à l'égard d'un service concédé; peut-être hésiteraient-ils à statuer dans le même sens vis-à-vis d'une régie. Nous avons indiqué les raisons qui, à nos yeux, justifient l'application du même principe, quel que soit le mode d'exploitation du service. En second lieu, la portée de cette jurisprudence, en cas de service concédé, peut paraître singulièrement restreinte par l'impossibilité où, d'après la règle généralement admise, se trouvent les tribunaux judiciaires d'interpréter

1. Cass. Civ., 25 juin 1884, *Compagnie générale des Eaux c. Veuve Jouanne*, D. 1884.1.441, S. 1885.1.201.

ter les cahiers des charges des contrats de concession. La question des pouvoirs du juge à cet égard se posant dans les mêmes termes lorsque les tribunaux sont appelés à connaître de l'exécution des polices ou contrats, nous en renvoyons l'examen aux développements qui seront consacrés à cette exécution. Bornons-nous à indiquer pour le moment qu'à notre sens c'est par une inexacte application du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire que les tribunaux de l'ordre judiciaire refusent de procéder à l'interprétation des clauses des cahiers des charges fixant les droits des usagers.

Quoi qu'il en soit de ce dernier point, il n'est pas douteux que l'action ouverte à l'usager devant les tribunaux judiciaires est une garantie effective, la seule garantie efficace de son droit au service. Ouverte à tous les usagers, quel que soit le mode d'exploitation du service, elle aboutit à la condamnation directe du concessionnaire ou de la régie à accorder la police, l'abonnement, le contrat demandé, à défaut de quoi « le présent jugement tiendra lieu de contrat ». Il serait difficile de demander davantage.

DE LA COEXISTENCE DE L'ACTION DEVANT LE JUGE DU CONTRAT DE CONCESSION, DE L'ACTION DEVANT L'AUTORITÉ JUDICIAIRE ET DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR.

Au cours des développements qui précèdent, nous avons énuméré les différentes voies de droit ouvertes à l'usager, d'après la jurisprudence, pour obtenir le fonctionnement du service public industriel à son profit. Est-il possible de justifier juridiquement la coexistence de ces différentes voies de droit ou s'excluent-elles l'une l'autre? Telle est la question que nous sommes maintenant amené à poser, et dont l'examen nous conduira à constater une fois de plus, le peu de cohérence des solutions jurisprudentielles en notre matière.

Il convient de laisser de côté l'action de la commune exercée par l'usager contribuable en vertu de l'article 123 de la loi municipale : il y a là une action exceptionnelle, prévue par un texte spécial, et tout à fait indépendante du

système général des recours de l'usager. Parmi les autres voies de droit, la question ne se pose pas de la même façon en ce qui concerne, d'une part, la coexistence de l'action devant le juge du contrat et de l'action devant l'autorité judiciaire, et, d'autre part, la coexistence de l'une ou l'autre de ces actions et du recours pour excès de pouvoir.

1. De la coexistence de l'action devant le juge du contrat de concession et de l'action devant l'autorité judiciaire.

En l'état actuel de la jurisprudence, nous l'avons vu, l'usager peut, pour obtenir le fonctionnement d'un service concédé à son profit, s'adresser soit au juge du contrat de concession, soit aux tribunaux judiciaires. Or ces actions nous paraissent nécessairement s'exclure l'une l'autre, car elles reposent sur des conceptions différentes de la nature juridique du droit de l'usager. L'action devant le juge du contrat de concession implique que le droit de l'usager trouve son fondement dans des stipulations contractuelles, l'action devant le juge judiciaire implique que ce droit trouve son fondement dans des dispositions réglementaires. La jurisprudence administrative repose sur une conception contractuelle de la concession de service public, la jurisprudence judiciaire sur la nature réglementaire des clauses qui règlent l'organisation et le fonctionnement du service. L'une de ces conceptions est nécessairement fautive. En pratique d'ailleurs il apparaît assez choquant que l'usager puisse s'adresser indifféremment aux juridictions de l'un ou l'autre ordre pour faire valoir une même prétention.

Il faut donc choisir. Nous avons précédemment exposé les raisons de nos préférences pour la jurisprudence judiciaire, pour le caractère réglementaire des clauses de la concession intéressant l'organisation et le fonctionnement du service, et en particulier définissant les droits des usagers.

2. De la coexistence de l'action devant le juge du contrat de concession ou devant l'autorité judiciaire et du recours pour excès de pouvoir.

L'ouverture à l'usager du recours pour excès de pouvoir contre les décisions prises en violations du cahier des char-

ges de la concession implique le caractère réglementaire des clauses invoquées du cahier des charges; elle paraît donc inconciliable avec l'existence d'une action devant le juge du contrat de concession pour l'application des mêmes clauses.

Mais il est permis de se demander si l'existence soit de l'action devant le juge du contrat de concession, soit de l'action devant l'autorité judiciaire ne fait pas obstacle à l'ouverture du recours pour excès de pouvoir pour un motif différent tiré, non plus de la nature du droit de l'usager, mais des caractères propres, des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Celui-ci apparaît en effet, en vertu d'une jurisprudence établie, comme une voie de droit subsidiaire, ne pouvant jouer qu'à défaut de toute autre voie de droit susceptible d'aboutir au même résultat : l'existence d'un recours parallèle fait obstacle à sa recevabilité. L'action devant le juge du contrat de concession, l'action devant l'autorité judiciaire ne sont-elles pas l'une comme l'autre des voies de recours parallèles?

La question, bien entendu, ne se pose qu'à l'égard d'un recours dirigé contre une décision individuelle soit de l'autorité dont relève le service, soit de l'autorité de tutelle, refusant à l'usager le bénéfice du service. Dans cette mesure l'action devant le juge du contrat de concession ou devant l'autorité judiciaire nous paraît bien s'opposer à l'introduction du recours pour excès de pouvoir. Prenons l'espèce à propos de laquelle le Conseil d'Etat a admis pour la première fois la recevabilité de l'action devant le juge du contrat : le conseil municipal avait refusé à l'usager le bénéfice d'une clause du cahier des charges pour un motif de droit; si la violation du cahier des charges donne ouverture au recours pour excès de pouvoir ou, s'agissant d'une délibération de conseil municipal, au recours des articles 63 et suivants de la loi municipale, qui en tient lieu, la délibération de refus pouvait être attaquée par cette voie. L'action devant le juge du contrat aboutit au même résultat, avec, en plus, la possibilité d'une condamnation pécuniaire. Envisageons maintenant le cas qui a amené la Cour de Cassation à reconnaître l'existence d'une action devant l'autorité judiciaire : un concessionnaire refuse d'accorder un abonnement à un usager qui le réclame dans les condi-

tions prévues au cahier des charges; l'usager aurait pu demander au concédant, puis à l'autorité de tutelle d'agir sur le concessionnaire pour qu'il se conforme au cahier des charges, et, le cas échéant, attaquer la décision de refus pour excès de pouvoir. Bien mieux que cette voie indirecte, l'action devant l'autorité judiciaire lui permet d'obtenir entière satisfaction; au lieu de l'annulation, peut-être platonique, qu'aurait prononcée le Conseil d'Etat, l'autorité judiciaire condamne le concessionnaire à accorder l'abonnement dans un délai déterminé, à défaut de quoi sa décision en tiendra lieu. L'introduction d'un recours pour excès de pouvoir serait, dans ces conditions, singulièrement vaine.

En définitive le recours pour excès de pouvoir paraît bien exclu par l'action ouverte à l'usager, soit devant le juge du contrat de concession, soit devant l'autorité judiciaire. Comme la possibilité d'une action devant le juge du contrat de concession nous semble reposer sur une analyse inexacte de la situation de l'usager, nous sommes conduit à conclure que c'est l'action devant l'autorité judiciaire, seule, qui fournit à l'usager le moyen de réalisation, d'ailleurs très efficace, de son droit au service.

§ 3. L'ACTION EN INDEMNITÉ.

L'usager qui se voit refuser le fonctionnement à son profit du service public industriel auquel il a droit subit de ce fait un préjudice dont il est fondé à demander réparation par une action exercée, soit indépendamment de l'action en exécution, soit même concurremment avec elle. Quelle que soit la nature du droit de l'usager, on ne saurait refuser à ce dernier l'exercice d'une action en indemnité que lui ouvrent les principes généraux du droit. Les conceptions adoptées quant au fondement du droit de l'usager peuvent affecter les modalités d'exercice de cette action, non son existence.

Les responsabilités que peut mettre en jeu le refus de service public sont d'ailleurs multiples : indépendamment en effet de la responsabilité du concessionnaire ou de la régie pour refus de contracter, on peut concevoir l'existence d'une responsabilité personnelle d'un agent et en

tous cas celle d'une responsabilité de la collectivité administrative ou des collectivités administratives dont les représentants ont la surveillance et le contrôle, directs ou indirects, du service en cause. Examinons successivement ces différentes responsabilités.

A. Responsabilité du concessionnaire ou de la régie pour refus de contracter.

Le concessionnaire ou la régie a l'obligation d'accorder le bénéfice du service à l'usager qui le demande dans les conditions définies par les règlements de ce service. L'inexécution de cette obligation engage sa responsabilité, sauf à préciser le fondement d'une telle responsabilité.

Une première question se pose à ce propos, propre au cas de service concédé : le concessionnaire en méconnaissant l'obligation qui lui incombe d'accorder à l'usager le bénéfice du service, commet-il une faute contractuelle ou une faute délictuelle ? La question est d'importance, car, suivant que l'on adopte l'une ou l'autre solution, l'action de l'usager devra être portée devant le juge du contrat de concession ou devant le juge de droit commun. Si l'on admet que le droit de l'usager au service dérive du contrat de concession, que le concessionnaire n'est tenu qu'en vertu de ce contrat, la faute qu'on lui reproche est une faute contractuelle et c'est au juge du contrat d'en connaître. Sans doute a-t-on parfois admis la possibilité du cumul d'une responsabilité délictuelle et d'une responsabilité contractuelle, mais, outre que cette possibilité est très contestée¹, il ne paraît pas douteux, en raison du lien qui existerait entre les deux responsabilités, que les actions en indemnité devraient en tous cas être portées devant un même juge, le juge du contrat. Ce serait donc en règle générale devant le conseil de préfecture, juge des concessions de travaux publics, sauf appel au Conseil d'Etat, que devrait être portée l'action en indemnité de l'usager contre le concessionnaire pour refus du service. Il devrait en être de même de l'action en indemnité dirigée contre le

1. Planiol, Ripert et Esmein, *Les Obligations*, n° 493.

concedant qui refuserait d'exécuter les engagements pris au profit des usagers dans le contrat de concession. C'est d'ailleurs ce que le Conseil d'Etat a formellement admis dans une espèce où l'action en responsabilité était jointe à une action en exécution¹. Si, au contraire, comme nous le croyons, le droit de l'usager a un fondement légal et réglementaire, s'il est indépendant du contrat de concession, la responsabilité encourue par le concedant ou le concessionnaire pour manquement à leur obligation de fournir les prestations du service est, non une responsabilité contractuelle mais une responsabilité pour inexécution d'une obligation légale, dont la connaissance appartient au juge compétent, en vertu des principes généraux du droit, sur l'exécution de cette obligation. Il résulte des explications fournies à propos de l'action en exécution que la compétence appartient en la matière aux tribunaux de l'ordre judiciaire : c'est ce que décide, d'une manière constante, la Cour de cassation, notamment pour les actions en indemnité dirigées contre les compagnies de chemins de fer². Nous retrouvons donc ici l'opposition, maintes fois constatée, entre les deux conceptions du droit de l'usager, consacrées l'une par la jurisprudence administrative, l'autre par la jurisprudence judiciaire. Les solutions adoptées par l'une et l'autre jurisprudences sont manifestement incompatibles. Nos préférences vont, ici encore, et pour les raisons précédemment exposées, à celle des tribunaux judiciaires, au fondement légal de la responsabilité du concedant comme du concessionnaire, solution qui présente l'avantage pratique de placer l'usager d'un service concédé dans la même situation que l'usager d'une régie, dont l'action en indemnité ne saurait, bien évidemment, avoir une base contractuelle.

Etant admis que l'action en indemnité de l'usager trouve son fondement dans l'inexécution d'une obligation

1. Conseil d'Etat, 29 octobre 1926, *Gay*, Rec., p. 909.

2. V. notamment, en ce qui concerne des actions en indemnité contre des Compagnies de chemins de fer, Cass. Req., 6 juillet 1904, *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord* c. Caron, D. 1906.1.346; Civ., 9 février 1915, *Chemins de fer P. L. M.* c. Bressat et Cie, S. 1916.1.32, D. 1916.1.166; Nîmes, 6 août 1875, *Monteil* c. *Compagnie P. L. M.*, D. 1877.2.78; en ce qui concerne une action en indemnité contre un concessionnaire de distribution d'électricité, Dijon, 17 mars 1913, *Bouzeureau* c. *Société d'Eclairage des villes de Chalon-sur-Saône et Mâcon*, S. 1917.2.105, avec la note de M. Mestre, D. 1914.2.39.

légale, encore est-il nécessaire de préciser le caractère de cette inexécution. On y a vu souvent une manifestation de la théorie de l'abus des droits, un abus du droit de ne pas contracter. Sans doute la jurisprudence répugne-t-elle en général à voir dans le refus de contracter l'abus d'un droit : on se trouve, en effet, ici dans un domaine où la liberté doit être la règle¹. Mais lorsqu'il y a service public, il ne peut être question de liberté de ne pas contracter : le concessionnaire ou la régie est tenu de contracter avec toute personne réclamant le bénéfice du service dans les conditions définies par le règlement ou le cahier des charges. Est-il même exact, dans ces conditions, de parler de l'abus d'un droit? Pour que cette notion pût s'appliquer, il faudrait que le concessionnaire ou la régie eût un droit de ne pas contracter. Tel n'étant pas le cas, il y a moins abus du droit qu'absence de droit. A la vérité l'opposition entre l'abus et l'absence du droit n'est qu'apparente. Elle implique en effet le caractère absolu des droits. En réalité le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut y avoir usage abusif d'un droit pour la raison qu'un seul et même acte ne peut être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit². Les droits sont toujours relatifs, limités par le but en vue duquel ils sont exercés. Toutes les fois qu'on parle d'un abus du droit, il y a donc en réalité défaut de droit. La notion d'abus du droit de ne pas contracter, dans le cas qui nous occupe, n'apporte aucun élément utile à la théorie de la responsabilité du service industriel. Cette responsabilité trouve son fondement dans l'inexécution de l'obligation légale incombant à ceux qui ont la charge du service, d'en assurer le fonctionnement conformément à sa fin. Peu importe qu'en refusant à un usager le bénéfice du service le concessionnaire ou la régie viole une disposition expresse du cahier des charges ou du règlement : quel que soit le contenu de ces textes, il est en effet de l'essence même du service public industriel d'être accessible à tous

1. V. Planiol, Ripert et Esmein, *Les Obligations*, n° 577; Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 100.

2. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 871; v. Saleilles, *Théorie de l'Obligation*, 2° éd., p. 372; 3° éd., p. 370 : « Un droit dont on abuse « n'est pas autre chose qu'une faculté qui n'est plus comprise dans le droit « qu'on prétend avoir ». V. aussi Demogue, *Traité des obligations en général*, t. IV, n° 667 et s.

les usagers qui en réclament le bénéfice conformément aux règlements du service. Sauf le cas de force majeure il ne saurait appartenir au concessionnaire ni à la régie de se soustraire à cette règle fondamentale sans engager sa responsabilité civile¹.

Tels étant les caractères de la responsabilité du service public industriel vis-à-vis de l'usager, quelle sera la juridiction compétente pour en connaître? Si l'action en indemnité est dirigée contre le concessionnaire, la compétence, s'agissant d'une responsabilité pour inexécution d'une obligation légale, ne peut appartenir, nous l'avons vu, qu'aux tribunaux judiciaires. Mais que décider lorsque l'action est dirigée contre une régie? Celle-ci peut prendre des formes juridiques très variées : elle peut constituer un établissement public, telle l'administration des chemins de fer de l'Etat; elle peut, sans être douée de la personnalité civile, bénéficier d'une organisation administrative et financière autonome, telles les régies municipales soumises au régime du décret-loi du 28 décembre 1926; elle peut enfin être placée sous l'autorité directe des représentants de la collectivité administrative dont elle relève. Dans le premier cas, la responsabilité engagée est celle de la régie seule, personne civile, dans les deuxième et troisième cas au contraire, c'est celle de la collectivité administrative dont relève la régie; mais, tandis que dans le deuxième cas l'indemnité due sera à la charge du budget de la régie, elle affectera, dans le troisième cas, le budget même de la collectivité. Ces différentes modalités d'organisation et de gestion peuvent-elles affecter la détermination de la juridiction compétente pour connaître de la responsabilité de la régie? Nous ne le croyons pas. La jurisprudence admet en effet aujourd'hui que la situation

1. Dans un arrêt du 17 mars 1913, *Bouzeau c. Société d'éclairage des villes de Chalon-sur-Saône et Mâcon*, S. 1917.2.105, avec la note de M. Mestre, D. 1914.2.39, la Cour de Dijon a décidé que le monopole reconnu à une compagnie d'éclairage, « supprimant la libre concurrence, attribue aux « tribunaux le droit d'apprécier si les conditions qu'elle prétend imposer « aux tiers, qui se trouvent ainsi obligés de s'adresser à elle, ne revêtent « pas un caractère arbitraire et injustifié, constituant de sa part, un véritable abus du monopole dont elle bénéficie ». Cette formule n'est pas très heureuse : ce n'est pas du monopole, mais du service public lui-même, que résultent les obligations de la Compagnie. Qu'il y ait ou non monopole, le concessionnaire est également tenu d'accorder le bénéfice du service à tous les usagers qui réclament ce bénéfice dans les conditions prévues au cahier des charges.

juridique du personnel d'une régie industrielle est toujours la même, que la régie soit autonome ou placée sous l'autorité directe des représentants de la collectivité dont elle relève : il s'agit toujours, au moins pour le personnel subalterne, d'une situation de droit privé, et les litiges qui peuvent naître entre ce personnel et la régie ressortissent aux tribunaux judiciaires¹. Tel doit être également le principe, à notre sens, pour toutes les actions en indemnité dirigées par un usager contre une régie et fondée sur le refus de lui accorder le bénéfice du service. Les modalités de l'organisation de la régie n'en modifient pas en effet le caractère de service industriel : la régie continue d'avoir vis-à-vis des usagers l'aspect d'un commerçant. En organisant ses rapports avec les usagers sur le plan commercial, la collectivité administrative, même conserverait-elle la gestion directe du service, a entendu se soumettre aux règles du droit privé et, par suite, à la compétence des tribunaux judiciaires. Telle est la solution admise d'une manière constante par la Cour de cassation pour les actions en indemnité dirigées contre l'administration des Chemins de fer de l'Etat²; telle paraît bien être également la tendance générale de la jurisprudence pour les autres services publics industriels exploités en régie³.

Les tribunaux judiciaires connaissent donc, en règle générale, des actions en indemnité dirigées soit contre un concessionnaire, soit contre une régie ou, si la régie n'a pas la personnalité civile, contre la collectivité administrative à qui incombe sa gestion : mais leur compétence est limitée à des actions fondées sur le mauvais fonctionnement du service industriel lui-même. Si l'usager fonde son action non sur le mauvais fonctionnement du service industriel, mais sur l'insuffisance du contrôle exercé sur ce service soit par le concédant soit par l'autorité de tutelle, il se prévaut en réalité du mauvais fonctionnement d'un service public administratif : il ne s'agit plus de la responsabilité du service industriel, mais de la responsabilité des collec-

1. V. Conseil d'Etat, 14 décembre 1928, *Pilliard*, Rec., p. 1316, *Revue du Droit public*, 1929, p. 106, avec les concl. de M. Rivet, et surtout, 25 octobre 1929, *Durr*, Rec., p. 935.

2. V. notamment, Cass. Civ., 3 août 1922, *Chemins de fer de l'Etat c. Atrig*, S. 1923.1.38.

3. V. Conseil d'Etat, 29 janvier 1932, *Kuhn*, S. 1932.3.97, avec la note de M. Delvové.

tivités administratives que nous aurons à étudier plus loin. Il peut cependant y avoir des cas exceptionnels où la responsabilité de la collectivité concédante peut être engagée devant les tribunaux judiciaires : il en irait ainsi notamment si la collectivité concédante, dans le contrat de concession, avait pris elle-même des engagements directs vis-à-vis des usagers ; pour l'exécution de ces engagements elle est dans la même situation qu'une collectivité exploitant un service en régie, sa responsabilité devrait donc être engagée devant les tribunaux judiciaires. En définitive, lorsque la responsabilité mise en jeu est celle du service public industriel lui-même, quelle que soit la personne juridique, concessionnaire, régie, collectivité administrative, en qui s'intègre ce service, l'action en indemnité ressortit aux tribunaux judiciaires. Nous aurons, dans les développements qui suivent, à préciser les règles applicables soit à la responsabilité personnelle des agents, soit à la responsabilité des collectivités administratives en tant qu'exerçant sur le service industriel leur contrôle ou leur tutelle.

B. Responsabilité personnelle d'un agent.

La jurisprudence, à notre connaissance, n'offre pas d'exemples de mise en jeu de la responsabilité personnelle d'un agent ou d'une autorité administrative à l'occasion du refus d'accorder le bénéfice d'un service public. Mais rien ne ferait obstacle à l'exercice, sur cette base, d'une action en indemnité. Il faudrait seulement que l'autorité ou l'agent en cause eût commis une « faute personnelle », c'est-à-dire, pour reprendre la définition aujourd'hui classique, une faute qui fit apparaître l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences. En l'état actuel de la jurisprudence, une action en indemnité contre un agent n'a chance d'aboutir que si elle se fonde sur une faute intentionnelle de ce dernier. L'éventualité d'une telle faute n'est pas purement théorique : le développement des services municipaux exploités en régie entraînera, selon toute vraisemblance, en raison des dissensions politiques locales, des rivalités de clocher, des exemples de plus en plus fréquents de refus du bénéfice d'un service inspirés par des

considérations personnelles. Dans un cas de ce genre, le Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre le refus opposé par un maire à la demande d'un usager tendant à obtenir le bénéfice d'un service de distribution d'eau exploité en régie, a affirmé, dans une phrase incidente, que la décision attaquée, dans les circonstances de la cause, présentait « un caractère nettement abusif¹ ». Il est permis de penser qu'en relevant ce caractère, le Conseil d'Etat a entendu inviter discrètement le requérant à mettre en jeu la responsabilité personnelle du maire. Une telle action, bien entendu, ressortirait à la juridiction judiciaire.

C. Responsabilité de la collectivité administrative.

Lorsque les autorités administratives chargées du contrôle du service public industriel, ou disposant soit sur ce service soit sur la collectivité dont il relève de pouvoirs de tutelle, refusent d'user de leurs pouvoirs pour faire accorder à l'usager le bénéfice du service auquel il a droit, la responsabilité de la collectivité administrative que représentent ces autorités peut se trouver engagée. A la vérité bien rares seront les cas dans lesquels l'usager pourra, avec chance de succès, intenter à ce titre une action en indemnité soit contre la collectivité concédante, soit contre l'Etat tuteur.

En règle générale, l'exercice de cette action implique en effet l'illégalité de la décision explicite ou implicite de l'autorité administrative. Et l'étude du recours pour excès de pouvoir ouvert contre les décisions soit de l'autorité concédante, soit de l'autorité de tutelle nous a montré combien est pratiquement limitée, en ce domaine, la portée d'un tel recours, en raison surtout du large pouvoir d'appréciation de l'opportunité reconnu aux autorités en cause. Il y a plus : toute décision illégale n'engage pas nécessairement la responsabilité de la collectivité administrative ; seule engage cette responsabilité une illégalité suffisamment grave pour pouvoir être regardée comme fautive,

1. Conseil d'Etat, 6 mai 1931, *Tondut*, S. 1931.3.81 et la note,

comme constituant une faute de service¹. Cet ensemble de conditions rend assez aléatoire l'exercice d'une action en indemnité.

Mais une décision ou une abstention de l'autorité de contrôle ou de l'autorité de tutelle ne peut-elle, même légale, engager dans certains cas la responsabilité de la collectivité administrative dont relève cette autorité? On l'a contesté en faisant valoir qu'une décision légalement prise ne saurait constituer une faute de service². Mais, encore que nous ne croyions pas à la coïncidence nécessaire de l'excès de pouvoir et de la faute de service, il ne paraît pas impossible de trouver, dans notre cas, le fondement d'une responsabilité de la collectivité administrative dans un principe autre que la faute de service. Cette responsabilité repose en effet sur la règle générale que le fonctionnement des services publics, organisés dans l'intérêt de tous, ne doit pas causer à certains un préjudice spécial, car ceux qui seraient lésés supporteraient alors plus que leur part dans les charges publiques. On peut concevoir que, dans des cas sans doute très exceptionnels, la décision de refus ou l'abstention d'autorités de contrôle ou de tutelle, même motivée par des considérations d'opportunité dont l'appréciation échappe au juge de l'excès de pouvoir, cause à l'usager un préjudice spécial considérable. En pareille circonstance il ne semble pas que l'on puisse refuser à cet usager une action en indemnité contre la collectivité administrative.

Ces discussions autour de l'action en indemnité contre les collectivités administratives ont un caractère quelque peu théorique. La jurisprudence des tribunaux administratifs, qui seraient seuls compétents pour connaître de telles actions — le plus souvent celles-ci devront être portées devant le Conseil d'Etat statuant en premier et dernier ressort comme juge de droit commun en matière administrative — n'en offre aucun exemple. Il était cependant nécessaire de faire, dans la présente étude, une place

1. Conseil d'Etat, 17 juin 1921, *Demoiselle Duplan c. Commune de la Teste*, Rec., p. 594; 4 novembre 1921, *Monpillié et autres*, Rec. p. 903. V. Delbez, « De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité », in *Revue du Droit public*, 1932, p. 441.

2. Delbez, « De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité », in *Revue du Droit public*, 1932, p. 441.

à cette action, ne serait-ce que pour envisager toutes les voies de droit éventuellement ouvertes à l'usager pour la sauvegarde de son droit.

*
* *

Au cours des développements concernant tant l'action en exécution que l'action en indemnité, nous avons fait abstraction du rôle que pourraient jouer des *groupements d'usagers* dans l'exercice de telles actions. Les principes en cette matière ont été posés par la jurisprudence à propos de l'exécution des contrats, polices ou autres, passés entre les usagers et le service public industriel. Nous renvoyons donc à ce qui sera dit du rôle des groupements d'usagers dans « l'usage du service ».

*
* *

Si nous envisageons dans leur ensemble les garanties du droit de l'usager au service, de cette créance légale dont il dispose tant contre le concessionnaire que contre la régie, il apparaît clairement, à travers les contradictions et les incohérences des jurisprudences, que les seules voies efficaces ouvertes à l'usager sont, pour obtenir la réalisation de son droit, une action directe en exécution devant les tribunaux judiciaires; pour être indemnisé du refus de service, une action en indemnité, également devant les tribunaux judiciaires. Au second plan, le recours pour excès de pouvoir et l'action en indemnité éventuellement ouverte devant le juge administratif ne jouent qu'un rôle subsidiaire.

N'est-il pas singulier de reconnaître à l'autorité judiciaire une compétence prépondérante dans le fonctionnement de véritables et incontestables services publics? L'explication s'en trouve dans le but et le caractère mêmes des procédés du droit public : ceux-ci, reposant essentiellement sur une idée de prérogative, sur un principe d'autorité, sont mal adaptés au fonctionnement de services qui trouvent leur fin dans la satisfaction de besoins individuels, dans l'établissement avec des particuliers de rapports analogues à ceux du droit privé. Le service étant fait pour l'usager, celui-ci a, ne peut pas ne pas avoir un droit

personnel au service. La juridiction administrative l'a si bien senti qu'elle a cherché le fondement et la garantie d'un tel droit, d'une telle créance dans un développement de la théorie de la concession de service public : mais elle n'a pu aboutir qu'à des solutions imparfaites parce qu'elle se fondait sur un mode particulier d'exploitation du service, alors que le droit propre de l'usager tient à la nature même du service public, à son caractère d'entreprise industrielle et commerciale. L'usager du service public industriel, comme l'usager de tout service public est dans une situation légale et réglementaire, quel que soit le mode d'exploitation du service. Mais il tient des lois et règlements régissant le service industriel un droit de créance dont il peut se prévaloir à l'encontre du service devant les tribunaux judiciaires, seuls compétents parce que l'administration aménageant des services de ce type est obligée de renoncer aux procédés du droit public, mal adaptés, pour organiser les rapports du service avec l'usager sur le plan du droit privé.

TITRE II

L'USAGE DU SERVICE

Le droit de l'usager au service s'analysant en un droit à l'établissement, entre le service et l'usager, d'un lien juridique sur la base duquel seront attribuées les prestations, l'étude de l'usage du service se ramène à celle de ce lien juridique, envisagé dans sa formation, dans sa nature, dans ses transformations, dans son contentieux. Cette phase nouvelle de la vie de l'usager apparaît ainsi, au moins au premier abord, nettement distincte de la phase précédente. Tandis en effet que le candidat à l'usage du service ne peut se prévaloir que de dispositions générales contenues dans les règlements ou cahiers des charges régissant l'organisation et le fonctionnement du service, l'usager auquel est accordé le bénéfice des prestations jouit d'un titre individuel qui sert de base à son droit. Ce titre, ce lien de droit entre le service et l'usager, peut être envisagé sous un aspect statique, un aspect dynamique, un aspect contentieux.

Sous son aspect statique, ce lien de droit apparaît comme un acte juridique qui fait naître, ou à l'occasion duquel naissent des droits et des obligations. Pour la commodité de l'exposition, nous dirons pour le moment qu'il y a là un contrat, mais nous aurons à en définir la nature juridique exacte et à en analyser le contenu, afin de déterminer quelle est, en droit, la situation exacte de l'usager, dans cette nouvelle phase de ses relations avec le service public industriel.

Mais le service public correspondant, par définition même, à des besoins collectifs dont la satisfaction présente un caractère de continuité nécessaire, la constante évo-

lution des besoins de cette nature, les transformations du milieu économique, politique et social dans lequel fonctionne ce service, exigent à tout moment une adaptation des règles d'organisation du service. Il n'est pas exagéré de dire que la vie d'un service public est une création continue. Cette adaptation aura nécessairement des répercussions sur les relations entre l'utilisateur et le service. Dans quelle mesure l'utilisateur devra-t-il supporter ces répercussions ou en bénéficier? et comment expliquera-t-on en droit les modifications apportées de ce fait au contrat, à la situation de l'utilisateur? C'est le deuxième aspect de l'étude de ce contrat, son aspect dynamique.

Enfin la coexistence des règles générales d'organisation du service et du contrat individuel va faire naître au profit de l'utilisateur un ensemble complexe de voies de droit devant les juridictions tant judiciaires qu'administratives. Ainsi apparaît un troisième aspect, un aspect contentieux de l'usage du service.

Qu'est-ce que le contrat qui s'établit entre l'utilisateur et le service? Quelle est sur ce contrat et sur son exécution l'influence des modifications apportées aux règles d'organisation et de fonctionnement du service? Quelles sont enfin les voies de droit qui en naissent au profit de l'utilisateur? Tels sont les trois ordres de questions auxquels devront être consacrés les développements qui suivent.

CHAPITRE PREMIER

DU « CONTRAT » ENTRE L'USAGER ET LE SERVICE PUBLIC INDUSTRIEL

Le lien de droit entre le service public industriel et l'usager s'établit en pratique dans des conditions différentes suivant la nature du service et suivant les prestations demandées. S'agit-il d'un service public de transports, ce lien de droit prend l'aspect d'un « contrat de transport » que constate la délivrance par le service public transporteur soit d'un billet ou d'une carte d'abonnement, pour un transport de voyageur, soit d'un récépissé tenant lieu de lettre de voiture pour un transport de marchandises : le titre de transport, dans sa forme, est en général purement unilatéral, il émane du service public seul. S'agit-il au contraire d'un service de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité, les relations entre le service et l'usager trouvent leur origine dans une police d'abonnement, qui présente une forme nettement contractuelle, puisqu'elle est établie en double et signée tant par le représentant du service que par l'usager. Ces différences de forme correspondent dans une large mesure, nous le verrons, à des différences de fond.

Cependant l'élément formel ne joue qu'un rôle tout à fait secondaire dans l'établissement du lien de droit qui intervient entre le service et l'usager. Le contrat, si contrat il y a, peut naître indépendamment de tout titre, de tout écrit. Théoriquement on peut concevoir un service public de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité fournissant ses prestations sans police préalable. En fait la délivrance du titre de transport est fréquemment postérieure à la conclusion effective du contrat : ainsi un voyageur montant dans un tramway fait naître de ce seul fait entre le service public et lui-même un lien juridique générateur de droits et

d'obligations; le contrat est conclu dès ce moment, et la remise ultérieure d'un billet ne modifiera pas la situation juridique respective du transporteur et de l'usager¹.

Quelle est donc la nature véritable de ce contrat? et qu'en résulte-t-il pour son contenu et pour les droits et obligations qui en naissent?

Section I. — Nature juridique du « contrat » entre l'usager et le service public industriel.

Un voyageur prend un billet de chemin de fer, un colis est remis dans une gare en vue de son expédition, un voyageur monte dans un tramway, une police d'abonnement au gaz ou à l'électricité est signée : dans tous les cas, un lien de droit s'établit entre un service public industriel et un usager. Ce lien de droit est-il ou non un contrat? telle est la question sur laquelle la doctrine discute depuis bien des années.

§ 1. ANALYSE CONTRACTUELLE DES RAPPORTS ENTRE L'USAGER ET LE SERVICE.

Pendant fort longtemps le caractère contractuel des relations entre l'usager et le service public industriel n'a pas été contesté. Ces relations paraissaient en effet rentrer tout naturellement dans le cadre traditionnel des contrats. Le contrat, d'après l'article 1101 du Code civil, « est une « convention par laquelle une ou plusieurs personnes « s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, « à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Cette définition ne s'applique-t-elle pas parfaitement à l'acte intervenu

1. Bruxelles, 19 nov. 1900, *Dufour c. Compagnie des tramways bruxellois*, D. 1902.2.356 : « Attendu que la société intimée, en publiant l'itinéraire de « ses voitures, l'horaire, les prix et indications des points d'arrêt, fait au « public des offres de transport, lesquelles, dès le moment où elles sont « acceptées, deviennent un contrat de transport parfait, formé par le consentement des parties; — Attendu que l'acceptation peut être donnée d'une « manière expresse ou tacite; que, dans les cas semblables à celui de l'espèce, « l'acceptation n'est pas douteuse lorsqu'à un point d'arrêt un voyageur « prend en main la main courante de la voiture et s'apprête à monter; « qu'elle sera plus manifeste encore dès qu'un voyageur aura posé un pied « sur le marchepied... » Dès ce moment, par suite, le contrat est conclu et le transporteur est contractuellement responsable vis-à-vis du voyageur.

entre l'usager et le service? La compagnie de chemins de fer, le service de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité s'obligent envers l'usager à lui assurer les prestations du service, à le transporter lui-même ou à transporter la marchandise expédiée, à lui fournir l'eau, le gaz ou l'électricité; l'usager s'oblige envers la compagnie ou la régie à payer le prix de la prestation fournie : il y a là un contrat synallagmatique, commutatif et à titre onéreux. Cette analyse des rapports juridiques entre l'usager et le service semblait d'autant moins contestable que l'on ne voyait pas quelle pourrait être, en dehors du contrat, la source de ces rapports, le contrat, accord libre, entre volontés égales, apparaissant, aux yeux des juristes pénétrés des idées de la Révolution, comme la source essentielle, sinon unique, des droits et des obligations.

Mais à la fin du ^{xix}^e siècle et, plus encore, au cours des trente dernières années, la force obligatoire du contrat a été de plus en plus discutée. Si en effet cette force obligatoire repose sur le concours de volontés libres et égales, l'expérience montre chaque jour davantage que liberté et égalité des contractants sont des notions toutes théoriques. Elles se rencontrent rarement en fait dans des rapports entre particuliers; elles ne se rencontrent jamais dans des rapports entre des particuliers et des entreprises commerciales puissantes, jouissant bien souvent de monopoles de fait, ni à plus forte raison dans des rapports entre usagers et services publics. Il n'y a pas liberté pour l'usager de contracter ou de ne pas contracter car les prestations qu'il réclame ne peuvent lui être fournies en pratique que par une entreprise déterminée. Et surtout il n'y a aucune égalité entre l'usager et le service public industriel. Non seulement il s'agit alors d'une entreprise bénéficiant d'un monopole de fait, mais encore, et par définition même, le service public, à raison de l'intérêt général auquel il répond, jouit de tout un ensemble de prérogatives qui le placent sur un plan différent de celui de l'usager. Cette situation, qui se retrouve, à des degrés divers, dans les rapports entre les particuliers et certaines grandes entreprises commerciales, telles que les compagnies d'assurances, de même que dans les relations du travail de la grande industrie, est à l'origine de la théorie dite des contrats d'adhésion.

Si entre le particulier et l'entreprise, entre l'usager et

le service public industriel il y a contrat, il s'agit d'un contrat présentant des caractères particuliers, d'un contrat dans lequel les deux parties ne sont pas sur le même plan, l'une fixant unilatéralement les conditions, la « loi du contrat », que l'autre doit accepter ou rejeter en bloc. A la vérité cette notion du « contrat d'adhésion » est assez mal définie. Le terme même est imprécis, car il est bien des contrats qui se forment par une adhésion à une offre antérieurement formulée — c'est même le cas général pour tous les achats courants dans le commerce. Pour certains, le contrat d'adhésion se caractérise par la permanence et la généralité de l'offre, par l'existence d'un contrat-type proposé à un nombre illimité de personnes¹. Pour d'autres, il implique un service d'intérêt général, sinon un service public véritable. Pour d'autres enfin, il trouve son critérium dans la rigidité des clauses du contrat offert. Malgré la diversité de ces formules, on s'accorde à faire entrer dans les contrats d'adhésion le contrat de transport, le contrat d'assurance, le contrat de travail, les contrats de fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité. Il est certain en tous cas que les différents éléments relevés comme caractéristiques de ces contrats se retrouvent au premier chef dans les relations qui s'établissent entre l'usager et le service public industriel.

Quelles conséquences convient-il de tirer de ces caractères particuliers du contrat d'adhésion ? Si l'on fonde la force obligatoire du contrat sur le libre accord de volontés égales, le contrat d'adhésion apparaît imparfait, en quelque sorte entaché d'un vice permanent du consentement. « Adhésion ne vaut pas consentement. Consentir à un contrat c'est en débattre les clauses avec l'autre partie après une lutte plus ou moins âpre dont la convention traduira les alternatives. Adhérer, c'est se soumettre au contrat établi et plier sa volonté en protestant dans son cœur contre la dure loi imposée² ». La seule nature du contrat devrait donc faire présumer le vice du consentement, ce qui conduirait à rendre annulables tous les contrats de cet ordre. Personne, à vrai dire, n'a jamais osé pousser le raisonnement jusqu'à cette conclusion logique, mais l'on

1. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. II, n° 616.

2. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 56.

a tenté d'en tirer des règles d'interprétation propres aux contrats d'adhésion et conçues dans le but de protéger la volonté plus faible. C'est ainsi qu'a été proposée une distinction entre deux catégories de clauses de ces contrats : les clauses essentielles, généralement verbales ou manuscrites, qui sont connues et effectivement acceptées lors de la conclusion du contrat, et les clauses accessoires, généralement imprimées, mal connues, et qui ne devraient produire d'effet juridique contre l'adhérent que si elles ont pour résultat de préciser ou de compléter les clauses essentielles¹. Cette distinction a été vivement critiquée² : pour déterminer, en effet, ce qui est essentiel et ce qui est accessoire dans le contrat, on se place au seul point de vue de l'adhérent : les clauses essentielles sont celles qui contiennent des stipulations particulières à l'adhérent; les clauses accessoires sont celles qui présentent un caractère général, figurent dans tous les contrats, et, par suite, ont le plus d'importance au point de vue objectif du fonctionnement du service considéré. Au surplus la jurisprudence n'a jamais consacré une distinction de cet ordre. Mais, dans le même esprit, elle refuse de reconnaître une force obligatoire à des clauses qui n'auraient pas été effectivement connues et acceptées de l'adhérent, elle interprète d'une manière générale le contrat d'adhésion, en vertu de l'article 1162 du Code civil, en faveur de la partie qui s'oblige, c'est-à-dire contre celui qui a prétendu faire la loi du contrat.

Il est remarquable de constater que cette tendance de la jurisprudence à protéger l'adhérent contre l'offrant ne s'est jamais manifestée à l'occasion des rapports entre l'usager et le service public industriel. Les tribunaux paraissent à cet égard donner la préférence à un autre système d'interprétation, qui est d'ailleurs également dans la logique de la théorie du contrat d'adhésion : puisque les conditions, la loi du contrat sont fixées unilatéralement par l'offrant, l'interprétation du contrat doit se ramener à celle de l'offrant, elle doit s'inspirer du but d'ordre général poursuivi par ce dernier³, des nécessités du bon fonction-

1. Dereux, « De la nature juridique des contrats d'adhésion », *Rev. trimestrielle du Droit civil*, 1910, p. 503.

2. Hauriou, note au S. 1908.3.17.

3. Saleilles, *La déclaration de volonté*, p. 230.

nement du service d'utilité publique auquel se rattache toujours le contrat d'adhésion¹. N'est-ce pas une préoccupation de cet ordre qui explique l'interprétation littérale des tarifs de chemins de fer par les tribunaux judiciaires?

La diversité des conséquences que la doctrine entend tirer de la notion de contrat d'adhésion, les incertitudes de la jurisprudence montrent bien qu'il n'y a pas là une catégorie juridique précise. Suivant les cas envisagés pourront prévaloir des solutions différentes, se rattachant à des principes opposés. Mais si, dans la pratique, le juge peut attacher une importance prépondérante à tel ou tel aspect du contrat d'adhésion, il n'en demeure pas moins que la question du caractère contractuel ou non contractuel des relations entre l'usager et le service public industriel ne peut comporter de solution transactionnelle : ou bien il y a contrat, et il faut alors appliquer les règles générales du droit des contrats, ou il n'y a pas contrat et ces règles seront écartées. En refusant d'appliquer au contrat d'adhésion les règles générales du droit des contrats, on est bien près de nier le caractère contractuel de ce prétendu contrat.

§ 2. ANALYSE EXCLUANT TOUT LIEN CONTRACTUEL ENTRE L'USAGER ET LE SERVICE.

De nombreux auteurs refusent aujourd'hui de voir de véritables contrats dans les actes dits « contrats d'adhésion ». Pour parler de contrats dans les hypothèses où ces actes interviennent, il faut, en effet, faire appel à des fictions ou présomptions de consentement auxquelles la doctrine traditionnelle de l'autonomie de la volonté recourt fréquemment mais qui répugnent au juriste moderne. Si les droits et les obligations peuvent avoir une autre source que le contrat, que l'accord libre de volontés individuelles, à quoi bon recourir à de telles présomptions, à de telles fictions, dont les faits viennent chaque jour démontrer la fausseté?

Une analyse précise et objective des actes juridiques conduit à apporter des distinctions parmi les accords de

1. Demogue, *Traité des Obligations en général*, t. II n° 618.

volontés ou soi-disant tels généralement groupés sous le vocable « contrats ». Tout accord de volontés n'est pas un contrat. Seul est contrat l'accord des parties créant une situation juridique individuelle, faisant naître entre les parties des droits et des obligations, des rapports de créancier à débiteur. Dans cette conception, le contrat implique, d'une part, un accord véritable de volontés, d'autre part, la création de rapports de créancier à débiteur¹. Or aucune de ces conditions ne se trouve remplie par le contrat d'adhésion.

En premier lieu, dans le contrat d'adhésion, il n'y a pas à proprement parler accord de volontés. Les parties ne sont pas libres de contracter ou de ne pas contracter : l'offrant a fait une offre qui le lie, qui présente un caractère général et permanent, et, alors même que cette offre aurait été faite librement, ce qui n'est pas le cas pour les services publics industriels, il ne peut pas refuser les acceptations qui lui parviendraient; l'adhérent, de son côté, n'a aucune liberté véritable, car il est en présence d'entreprises jouissant d'un monopole de fait auxquelles il est pratiquement tenu de s'adresser. D'autre part la conclusion du contrat d'adhésion exclut toute libre discussion des clauses du contrat : l'adhérent ne peut qu'accepter ou rejeter en bloc les clauses fixées d'avance par l'offrant. Et ceci conduit naturellement à penser que, si dans le contrat d'adhésion il y a rencontre de deux volontés, il n'y a pas véritablement accord, car l'accord implique la réunion de deux volontés du même ordre sur un même objet, alors que nous sommes ici en présence de deux volontés se mouvant sur des plans différents, et ayant des objets distincts. Tandis que l'adhérent manifeste la volonté de faire naître entre l'offrant et lui-même des droits et des obligations et prend à cet effet un engagement individuel et personnel, l'offrant ne prend, lui, aucun engagement spécial et individuel d'assurer le fonctionnement du service au profit de l'adhérent : il s'est borné à fixer, par voie de dispositions générales, les règles de ce fonctionnement qui comportent notamment les conditions auxquelles les adhérents éventuels pourront en bénéficier. Engagement indi-

1. Cf. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e éd., t. I, p. 380; Jèze, *Les Principes généraux du Droit administratif*, 3^e éd., t. I, p. 38.

viduel d'un côté tendant à obtenir des prestations spéciales; dispositions générales, de l'autre, tendant à assurer le fonctionnement d'un service : comment la rencontre de manifestations de volontés aussi différentes pourrait-elle constituer un contrat?

En second lieu, ce concours de volontés ne crée pas une situation juridique individuelle, il ne fait pas naître des droits et des obligations, des rapports de créancier à débiteur entre l'offrant et l'adhérent. Sans doute, à la suite de cet acte, offrant et adhérent vont-ils assumer des droits et des obligations, mais ceux-ci ne naissent pas de l'acte : le prétendu contrat d'adhésion n'est que l'occasion, la condition de leur application individuelle. Droits et obligations existaient à l'état latent dès avant l'intervention de ce contrat, ils résultaient de cette offre aux caractères exceptionnels, de cette offre générale et permanente, que l'adhérent ne peut qu'accepter ou rejeter en bloc, et qui domine le contrat d'adhésion. L'offrant apparaît en réalité comme disposant d'un véritable pouvoir réglementaire, alors même qu'il s'agirait d'une entreprise purement privée, et cela s'explique par le caractère d'intérêt public du service qu'il gère, service où il faut voir « une institution déjà formée ou en formation¹ ». Et le soi-disant contrat d'adhésion s'analyse en deux manifestations unilatérales de volonté : l'une, générale, édictant des dispositions réglementaires, l'autre, individuelle, provoquant l'application de ces dispositions, investissant l'adhérent du statut défini par celles-ci; la première est un règlement, la seconde un acte-condition.

Cette analyse du contrat d'adhésion apparaît singulièrement audacieuse lorsqu'elle s'applique à des activités purement privées, même présenteraient-elles un caractère d'intérêt général ou prétendu tel. Il semble en effet bien difficile d'accorder une existence juridique à l'acte réglementaire de l'offrant avant l'adhésion de l'autre partie. Et si cet acte réglementaire ne préexiste pas à l'accord des parties, c'est bien qu'une volonté commune est génératrice du rapport de droit². Mais ces objections perdent toute

1. Hauriou, notes, S. 1908.3.17, S. 1909.3.137; Demogue, *Traité des Obligations en général*, t. II, nos 618 et s.

2. Planiol, Ripert et Esmein, *Les Obligations*, n° 123.

leur valeur dès lors que le contrat d'adhésion tend à assurer le fonctionnement d'un service public. Les règles d'organisation et de fonctionnement du service public ont bien, elles, une valeur réglementaire et une existence juridique antérieures à la naissance des rapports de droit entre le service et l'utilisateur. La nature de l'acte qui assure à l'utilisateur le bénéfice du service apparaît ainsi parfaitement claire : c'est un simple acte-condition, dépourvu de tout caractère contractuel, rendant applicables à l'utilisateur les droits et obligations définis préalablement et unilatéralement dans le règlement du service.

Quelles conséquences doit-on tirer de cette définition des rapports juridiques entre l'utilisateur et le service public industriel ? C'est d'abord l'exclusion de toutes les règles du droit des contrats. La validité du lien de droit entre l'utilisateur et le service doit être appréciée d'après les caractères propres de ce lien de droit, et en faisant abstraction de principes posés pour des accords de volontés totalement différents ; il en ira de même des effets de ce lien de droit et de l'interprétation qu'il convient de lui donner. Mais s'il en est ainsi, à quelles règles, à quels principes conviendra-t-il de se référer ? La réponse résulte de l'analyse même du « contrat d'adhésion » : puisque cet acte est la simple condition de l'application d'un statut réglementaire, la validité, le sens et les effets du lien de droit qui en naît doivent être appréciés en considération de ce seul statut. L'adhésion n'est que l'occasion de la mise en fonctionnement du service au profit de l'utilisateur : une fois son objet réalisé, elle disparaît et n'a plus aucune influence sur les rapports juridiques établis entre l'utilisateur et le service ; ceux-ci sont déterminés exclusivement par le règlement. Aux règles d'interprétation des contrats il faut donc substituer les règles d'interprétation des règlements. La situation de l'utilisateur, purement légale et réglementaire, est commandée uniquement par la volonté unilatérale du maître du service, manifestée dans le statut de ce service. Et l'on en tire la conséquence qu'il s'agit d'une situation objective exclusive de tout droit subjectif au profit de l'utilisateur.

§ 3. ANALYSE PROPOSÉE DES RAPPORTS ENTRE L'USAGER ET LE SERVICE.

En présence des deux conceptions opposées de la situation de l'usager du service public industriel, de la conception contractuelle et de la conception réglementaire, l'esprit incline naturellement vers celle-ci, dont la logique est plus claire et plus rigoureuse. En effet pour voir un contrat dans le lien de droit qui s'établit entre l'usager et le service, il faut à tout le moins admettre qu'il s'agit d'un contrat d'un type exceptionnel, auquel les règles générales du droit des contrats ne seraient pas intégralement applicables, conception quelque peu contradictoire et dont la portée apparaît imprécise. Si au contraire l'usager est dans une situation réglementaire, tout s'éclaire : l'adhésion, en réalité, ne modifie pas la situation de l'usager : l'usager comme le candidat à l'usage est soumis à un statut dont il peut réclamer le bénéfice, l'adhésion ayant pour seul effet de déclencher l'application du statut dont la portée était auparavant purement virtuelle. De bénéficiaire éventuel du service, l'usager devient bénéficiaire effectif : sa situation de fait se trouve modifiée, mais non sa situation juridique. Entre l'usager éventuel et l'usager actuel du service, il y a la même différence qu'entre le fonctionnaire qui a droit à sa retraite et celui qui jouit de sa pension. C'est le même statut qui est applicable à l'un et à l'autre mais sous deux aspects différents. Cette conception implique donc que la situation de l'usager ne change pas de nature juridique par le fait de l'adhésion, de l'acte qui entraîne à son profit l'application effective des règles de fonctionnement du service : il n'y aurait aucune distinction à faire entre le droit au service et l'usage du service, tout ce qui a été dit du premier s'appliquant au second.

Mais il faut bien constater que la jurisprudence n'est pas en ce sens et que, d'une manière absolument constante, elle voit un contrat tant dans les rapports entre le voyageur ou l'expéditeur et le service public de chemins de fer ou de tramways que dans la police d'abonnement à l'eau, au gaz ou à l'électricité, et il y a là une considération qui doit faire réfléchir. A la vérité il nous semble que l'opposition ainsi constatée entre la doctrine excluant la notion de contrat et la jurisprudence résulte principalement de diffé-

rences dans la définition donnée du contrat par l'une et par l'autre. La définition jurisprudentielle, plus large et moins précise, englobe dans le contrat, nous ne dirons même pas tout accord, mais toute rencontre de volontés d'où résultent des droits et des obligations, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de la source réelle de ces droits et obligations, du caractère objectif ou subjectif, réglementaire ou individuel, permanent ou temporaire de la situation ainsi créée. Dans cette conception, l'acte-condition qui vient soumettre l'usager aux règlements du service industriel est bien un contrat, car il implique la rencontre de la volonté du maître du service et de celle de l'usager, volontés différentes sans doute, sans commune mesure, mais, dans la définition proposée, cela importe peu¹. Il ne faudrait pas croire d'ailleurs que l'opposition des conceptions se ramène à une simple différence de mots, car il résulte de celle-ci d'importantes conséquences juridiques : la jurisprudence, voyant un contrat dans le lien de droit entre l'usager et le service, analysera la situation de l'usager comme une situation subjective et lui appliquera en principe les règles du droit des contrats. Cette application cependant ne va pas sans de sérieuses restrictions dues au caractère particulier que la jurisprudence est bien obligée de reconnaître à ce contrat : et l'on retombe alors dans les contradictions internes de la théorie des contrats d'adhésion.

Aussi bien nous semble-t-il qu'en partant de l'analyse en un acte-condition de l'acte intervenant entre l'usager et le service, la plupart des solutions jurisprudentielles peuvent être expliquées et justifiées. Toutes les règles régissant la situation juridique de l'usager du service public industriel résultent en effet du double aspect de ce service qui, d'une

1. Dans le même sens, Gény, *Des droits sur les lettres missives*, n° 29; Demogue, *Traité des Obligations en général*, n°s 22 et s.; v. notamment, n° 23 bis : « L'acte juridique a mis en œuvre deux volontés non plus sur des plans égaux, mais à des plans différents. L'une, celle de l'Administration appelée à appliquer le règlement et se prétendant champion de l'intérêt général sans négliger l'intérêt d'un patrimoine privé ou public, ... l'autre partie apporte sa volonté qui n'est pas à négliger, car elle représente un intérêt privé qui donne une note spéciale, ayant sa valeur dans l'harmonie à réaliser... Je verrai donc ici, ayant à classer l'opération pour les besoins de clarté de l'esprit, un contrat, mais un contrat d'une nature particulière. Le contrat se dégrade... Ce contrat de nature spéciale, où les volontés ne sont plus harmoniques comme dans un accord, mais se complètent comme la basse et le chant, nous prépare à passer aux contrats unilatéraux où une seule volonté suffit. »

part, offre à l'utilisateur ses prestations dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée, alors que, d'autre part, le fonctionnement interne du service, comme celui de tout service public, obéit à des dispositions réglementaires. Les rapports entre le service et l'utilisateur s'établiront extérieurement dans les mêmes conditions que les rapports d'une entreprise d'assurances et d'un assuré, dans des conditions qui au regard de l'utilisateur sont celles du droit privé, mais l'analyse interne de ces rapports en fait apparaître les caractères propres. La situation de l'utilisateur usant du service a pour point de départ la rencontre de deux manifestations de volontés : celles-ci, si nous étions en présence d'un contrat, devraient être appréciées dans leurs éléments communs, dans leur commune intention. S'agissant au contraire de deux manifestations de volontés indépendantes et de valeur différente, elles doivent être appréciées séparément, d'après leur objet et leur efficacité propres. L'erreur des adversaires de la conception contractuelle de la situation de l'utilisateur a été, à notre sens, de considérer la manifestation de volonté de l'utilisateur comme une quantité négligeable, comme un simple fait déclenchant le fonctionnement du service et de concentrer toute leur attention sur la manifestation de volonté du maître du service, sur le règlement. L'une et l'autre ont en réalité une valeur, et doivent être interprétées d'après des règles différentes.

L'utilisateur demandant le bénéfice du service public industriel ne se distingue en rien de l'assuré réclamant à la Compagnie d'assurances une police. Son adhésion est une manifestation unilatérale de volonté qui, en soi, ne diffère pas de celles dont le concours forme le contrat, et il convient donc de lui appliquer toutes les règles applicables à celles-ci. Elle doit émaner d'une personne capable de contracter, elle ne doit pas être viciée par le dol, l'erreur ou la violence¹, l'engagement pris doit avoir un objet et une cause; il peut être argué de nullité dans les mêmes conditions qu'un contrat, il doit être interprété d'après l'intention de son auteur. Mais l'application des règles du droit des contrats est limitée par la portée même de cette manifestation de vo-

1. V. notamment, des cas d'erreur dans une police d'abonnement à l'électricité : Cass. Req., 19 janvier 1925, *Société normande du gaz, d'électricité et d'eau c. Jolly*, S. 1925.1.101; Trib. Béziers, 24 juin 1932, *Société biterroise de force et lumière c. Guilhaumat*, *Gaz. Trib.*, 15 nov. 1932.

lonté : celle-ci en effet ne fait pas naître directement à la charge de son auteur des droits et des obligations; elle tend simplement à lui rendre applicables les droits et les obligations définis par le règlement du service. Ce qui doit donc être apprécié d'après l'intention de l'auteur de cette manifestation de volonté, ce n'est pas la portée de ces droits et obligations, mais seulement l'application ou la non-application globale du règlement du service. Cette restriction n'aboutit pas du tout à nier l'efficacité juridique de l'adhésion : celle-ci, dans son domaine propre, conserve toute sa portée et cela pendant toute la durée des relations juridiques entre l'usager et le service. Si, par exemple, à un moment quelconque, au cours de ces relations, les transformations apportées à l'organisation et au fonctionnement du service apparaissent telles que l'usager, les connaissant, n'eût pas adhéré, telles en un mot que la cause de l'engagement de l'usager se trouve disparaître, cet usager sera fondé à demander la résolution de son engagement. L'adhésion, la manifestation de volonté de l'usager, a pour seul objet, pour seule efficacité l'application à cet usager du règlement du service, mais elle est le support constant de cette application : le droit des contrats qui lui est applicable a donc une place importante dans les relations juridiques entre l'usager et le service public industriel.

En regard de la manifestation de volonté de l'usager et préexistant à celle-ci, la volonté du maître du service s'exprime en un règlement, qui a l'autorité et la valeur juridique d'un règlement administratif, qu'il prenne la forme du règlement d'une régie ou du cahier des charges d'une concession. La portée des droits et des obligations respectifs de l'usager et du service doit être appréciée exclusivement, sous réserve de ce qui a été dit de l'adhésion, par interprétation de ce règlement qui s'impose d'une manière impérative. En ce sens il est exact de dire que la situation de l'usager est une situation réglementaire. Mais l'on tirerait de ce principe une conclusion excessive si on refusait à l'usager tout droit subjectif. Nous avons vu, en effet, en étudiant le droit de l'usager au service public, que ce droit, qui a un fondement purement réglementaire, est un droit subjectif de créance ayant sa contrepartie dans une obligation légale. Le droit aux prestations de l'usager qui a adhéré au règlement du service a la même nature.

Est-il même différent dans son contenu ? Le droit au service et l'usage du service se distinguent-ils véritablement en droit ? Cette question ne comporte pas une réponse unique. Le droit au service, le droit du candidat à l'usage du service est, rappelons-le, le droit à obtenir l'établissement entre le service et l'usager du lien juridique qui sert de base à l'attribution des prestations ; il prend l'aspect d'un droit personnel de créance par le simple fait que l'usager demande le bénéfice du service. Or il est des services pour lesquels cette simple demande, expresse ou même tacite, fait naître entre l'usager et le service le lien juridique cherché ; pour de tels services le droit au service et le droit aux prestations se confondent donc : tel est le cas d'une manière générale à l'égard des services publics de transports. Pour d'autres services au contraire, notamment pour les services de distribution d'eau, de gaz et d'électricité, il intervient effectivement un acte juridique, une police définissant par application du règlement du service les droits et obligations de l'usager : le droit aux prestations naît de cet acte juridique, de cette police, il est donc distinct et différent dans son contenu du droit au service. La police n'est pas seulement, en effet, la constatation d'un lien de droit qui se serait formé par le seul fait de la manifestation de volonté de l'usager : elle est bien elle-même la base du service des prestations. Et cela s'explique parce que la police contient en pratique le plus souvent autre chose qu'une adhésion de l'usager aux dispositions du règlement du service, elle comporte des clauses purement contractuelles, et pour lesquelles intervient un accord effectif des volontés des parties. A l'égard des droits et obligations prévus par ces clauses, l'usager est non plus dans une situation réglementaire mais bien dans une situation contractuelle. Peu importe qu'en fait ces clauses soient fixées unilatéralement par l'offrant, gérant le service, que l'accord intervenu ait le caractère d'un contrat d'adhésion. Dès lors que ces clauses ne sont pas la reproduction de dispositions réglementaires émanant de l'autorité administrative, elles sont contractuelles et tout le droit des contrats leur est applicable. Ainsi s'explique que le service des prestations des distributions d'eau, de gaz ou d'électricité soit en fait subordonné à la conclusion de polices établies en double exemplaire, et signées tant par l'usager

que par le représentant du service. Ainsi s'expliquent également les différences constatées dans le contenu de la situation juridique des usagers des divers services publics industriels.

Section II. — Droits et obligations de l'usager du service public industriel.

Il ne suffit pas, pour connaître la situation juridique de l'usager du service public industriel, d'en avoir défini la nature, de lui avoir attribué un fondement contractuel ou réglementaire, il faut encore déterminer le contenu de cette situation, c'est-à-dire les droits et obligations de l'usager. A la vérité, ce contenu, ces droits et obligations varient bien évidemment suivant le service considéré, et il ne saurait être question de les étudier successivement pour un service public de transports, pour une distribution d'eau, de gaz, d'électricité. Nous nous bornerons à rechercher, parmi ces droits et ces obligations, lesquels dérivent de dispositions réglementaires et lesquels naissent ou peuvent naître de stipulations contractuelles, et à préciser les caractères des uns et des autres.

§ 1. DROITS ET OBLIGATIONS NÉS DE DISPOSITIONS RÉGLEMENTAIRES.

En règle générale les droits et obligations de l'usager du service public industriel dérivent du règlement du service et de lui seul. Ce principe comporte des restrictions pour les services de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité; il n'en comporte aucune pour les services publics de transports, particulièrement pour les services de chemins de fer. C'est donc à ces derniers services qu'il faut s'attacher pour l'examen des conséquences s'attachant à ce fondement des droits et obligations de l'usager.

A. A quel moment naissent ces droits et obligations?

Tout d'abord, pour ces services, à l'égard desquels le lien de droit avec l'usager peut s'établir sans un acte juri-

dique formel, à partir de quel moment l'usager peut-il se prévaloir des droits et est-il tenu des obligations résultant des dispositions réglementaires? Le lien de droit, nous l'avons dit, se forme par la simple manifestation de la volonté de l'usager demandant à bénéficier du service dans les conditions prévues par les lois et les règlements. Dès cette manifestation de volonté, effectuée bien entendu dans les formes exigées, il a droit aux prestations du service et est tenu des obligations qui sont la contrepartie de ce droit. L'on a cependant soutenu que l'adhésion, la demande de l'usager devait être acceptée par le représentant du service, et que c'est seulement cette acceptation qui rendait les règlements applicables. Il a été admis ainsi que les tarifs de chemins de fer en matière de transport de marchandises ne deviennent applicables que par l'adhésion du transporteur aux demandes d'expédition qui lui sont soumises, par l'apposition de la signature du préposé du transporteur sur la feuille d'expédition présentée par l'expéditeur¹. Cette solution se rattache visiblement à la conception contractuelle du contrat de transport, et même à une théorie particulière de la formation des contrats : elle implique en effet non seulement que le contrat ne se forme qu'au moment où l'offrant, en l'espèce le transporteur, a connaissance de l'acceptation de son offre, mais encore que les tarifs doivent être regardés comme de simples bases d'établissement de contrats à venir et non comme des offres fermes que l'usager doit se borner à accepter. Dans tous les cas, si les droits et obligations de l'usager ont un fondement purement réglementaire, une telle solution ne paraît pas admissible. Sans doute les règlements du service peuvent-ils fixer les conditions à remplir pour obtenir le bénéfice du service et notamment déterminer à partir de quel moment le service sera responsable de la marchandise remise, mais, à défaut de disposition expresse, il ne nous semble pas douteux que la simple demande présentée

1. Caen, 7 juin 1905, D. 1908.2.364. Dans le même sens, Josserand, *Les Transports*, n° 76. V. aussi l'article 8, alinéa 2, de la Convention de Berne du 14 octobre 1890 : « Le contrat de transport est conclu dès que la gare expéditrice a accepté au transport la marchandise avec la lettre de voiture. « La gare expéditrice a constaté l'acceptation en apposant sur la lettre de « voiture son timbre portant la date de l'acceptation. L'apposition du timbre doit avoir lieu immédiatement après la livraison complète de la « marchandise. »

dans les formes prévues suffit à créer entre l'usager et le transporteur les liens générateurs de droits et d'obligations. L'acceptation expresse par le transporteur n'est qu'un moyen pour l'usager de prouver l'existence de ces liens juridiques¹. Si d'ailleurs nous envisageons non plus la remise d'une marchandise en vue de son expédition mais, par exemple, le transport d'un voyageur en tramway, il devient manifeste que la remise du billet constatant les relations juridiques entre le service public et l'usager n'est qu'un moyen de preuve de ces relations, plus précisément même la quittance du prix de la place donnée à l'usager, et que le lien de droit, les droits et obligations de l'usager préexistent à cette remise, apparaissent dès le moment où l'usager, en montant dans le tramway, manifeste sa volonté de se placer sous la loi du service. L'on voit mal pourquoi il en irait différemment pour un transport de marchandises.

B. Contenu et caractères de ces droits et obligations.

Les droits et obligations de l'usager sont définis par les règlements du service, et il faut entendre par là pour les services publics de transports non seulement les cahiers des charges, règlements et tarifs du service, mais encore l'ensemble des dispositions du Code de commerce sur le contrat de transport. L'on ne saurait en effet se méprendre sur le caractère de ces dispositions : elles constituent en réalité un statut légal du transport, indépendant des modalités suivant lesquelles celui-ci est réalisé ; et, d'ailleurs, les cahiers des charges et tarifs, soit en s'y référant expressément, soit en y apportant des dérogations, incorporent indubitablement ces dispositions dans le statut du service. Il en résulte par la suite qu'à cet égard la conception contractuelle et la conception réglementaire du transport effectué par un service public coïncident dans leurs conséquences.

Il est d'ailleurs remarquable de constater les efforts accomplis par la jurisprudence judiciaire, attachée à la notion du contrat de transport, pour expliquer par cette notion des situations qui ne comportent certainement aucun élé-

1. En ce sens, Demogue, *Traité des Obligations en général*, t. II, n° 627,

ment contractuel : nous voulons parler de celles de l'agent des postes accomplissant son service dans un wagon-poste, et du permissionnaire voyageant en temps de guerre muni d'un titre de transport délivré par l'autorité militaire. Ni l'un ni l'autre ne peuvent être regardés comme contractant avec le transporteur ni même comme adhérent à une offre de ce dernier. A notre sens la qualité d'usager de l'agent des postes et du permissionnaire est d'ailleurs contestable : c'est le service public des postes, c'est le service public de l'armée qui en réalité usent du service; et si à la rigueur le permissionnaire, individuellement considéré, peut être regardé comme un usager du service dont il bénéficie effectivement, il n'en va certainement pas ainsi de l'agent des postes qui, à aucun titre, ne profite personnellement d'un service fonctionnant à son intention. La jurisprudence cependant reconnaît un caractère contractuel aux rapports tant de l'agent des postes que du permissionnaire avec le réseau transporteur. Et comme il ne s'établit évidemment entre eux aucun lien juridique direct, il a fallu construire des systèmes assez complexes pour justifier ce caractère.

Dans le cas de l'agent des postes, la Compagnie de chemins de fer est contractuellement tenue vis-à-vis de l'Etat, en vertu des clauses du cahier des charges, d'assurer le transport des agents nécessaires au service des postes. Ces obligations sont contractées non seulement vis-à-vis de l'Etat mais vis-à-vis des agents des postes lesquels peuvent donc se prévaloir vis-à-vis de la Compagnie d'un véritable contrat de transport¹. Il est facile de reconnaître dans cette explication l'idée d'une stipulation pour autrui contenue dans le cahier des charges; idée que nous avons déjà eu l'occasion de critiquer. L'application de ce système se heurte d'ailleurs, en pratique, à de graves difficultés, notamment pour fixer le moment précis où naissent les obligations de la Compagnie vis-à-vis d'un agent déterminé : est-ce dès le moment où ce dernier est admis à circuler dans l'enceinte des chemins de fer ou seulement lorsqu'il est monté dans le wagon? C'est là une question sur laquelle on peut discuter à perte de vue sans qu'il y ait de bonnes raisons de se prononcer dans un sens ou dans l'autre; car si l'on se place

1. Cass. Civ., 21 avril 1913, *Chemins de fer d'Orléans c. Veuve Donat*, S. 1914.1.5, avec la note de M. Lyon-Caen.

sur le terrain de la stipulation pour autrui, les obligations du promettant à l'égard du tiers bénéficiaire sont subordonnées à une acceptation par ce dernier de la stipulation : où trouvera-t-on une acceptation, manifestant la volonté de l'agent des postes de bénéficier des stipulations édictées à son profit par l'Etat?

La situation du permissionnaire est quelque peu différente : l'on peut trouver, en effet, une adhésion dans la demande par l'intéressé du bénéfice du transport, mais ici le transporteur est tenu vis-à-vis de l'Etat en vertu non plus du cahier des charges mais d'une réquisition générale prononcée par application de la loi. Ainsi, à première vue, il n'intervient de contrat ni entre l'Etat et la Compagnie de chemins de fer, ni entre la Compagnie et le permissionnaire, puisque le transport est effectué en vertu d'un titre de transport délivré unilatéralement par l'autorité militaire. La jurisprudence cependant persiste à voir un lien contractuel dans les rapports entre le permissionnaire et le transporteur¹. Sans d'ailleurs se montrer très explicite, la Cour de cassation affirme qu'il intervient un contrat de transport, constaté par la délivrance du titre de transport, lequel équivaut à un billet. Une explication ingénieuse de cette jurisprudence a été proposée : d'une part un contrat se forme entre la Compagnie de chemin de fer et l'Etat; sans doute y a-t-il réquisition, mais celle-ci n'exclut pas le consentement de la Compagnie : *coactus voluit sed voluit*; et ce consentement est de nature contractuelle, car l'Etat demande un transport et offre un paiement; d'autre part, le bénéfice du contrat ainsi conclu est transmis au soldat permissionnaire, suivant un procédé analogue aux modes de transmission des valeurs mobilières, par la remise du titre de transport². Si séduisante que puisse apparaître cette explication, elle repose visiblement sur une base fragile : il est bien diffi-

1. Paris, 31 juillet 1919, *Roche c. Chemin de fer d'Orléans*, S. 1920.2.13; Lyon, 29 janvier 1919, *Chemin de fer P. L. M. c. Billard*; Aix, 26 novembre 1919, *Chemin de fer P. L. M. c. Veuve Sicard*; Paris, 13 février 1920, *Chemin de fer P. L. M. c. Avanzini*; Paris, 26 février 1920, *Chemin de fer d'Orléans c. Astre*, S. 1921.2.65, avec la note de M. Mestre; Cass. Civ., 24 janvier 1922, *Chemin de fer P. L. M. c. Billard*; 4 juillet 1922, *Veuve Sicard c. Chemin de fer P. L. M.*; 22 janvier 1924, *Veuve Castanera c. Chemin de fer d'Orléans*, S. 1924.1.161, avec la note de M. Mestre.

2. Hauriou, note sous *Conflits*, 10 mars 1923, *Veuve Rousseau*, S. 1924.3.57.

cile d'admettre que les obligations imposées à une Compagnie de chemins de fer par une réquisition purement unilatérale aient un caractère contractuel.

En réalité vis-à-vis du permissionnaire comme vis-à-vis de l'agent des postes, la jurisprudence et la doctrine se sont efforcées de trouver à tout prix aux droits et obligations du transporteur un fondement contractuel, au risque de déformer les faits les plus certains. Une analyse objective de ces situations montre que dans l'un comme dans l'autre cas les droits et obligations du transporteur comme ceux de l'agent des postes ou du permissionnaire ont une base exclusivement légale ou réglementaire. Les clauses du cahier des charges de la Compagnie de chemins de fer, fixant les règles qui doivent régir les rapports du service des postes et de celui des chemins de fer, sont des dispositions réglementaires et rien de plus. A plus forte raison en va-t-il ainsi des dispositions réglementant l'exercice et les effets de la réquisition du service des chemins de fer, dispositions qui, même en leur forme, ont un caractère législatif. De ces dispositions dérivent des droits au profit de l'agent des postes, au profit du permissionnaire, des obligations à la charge du transporteur, droits et obligations qui ont un fondement légal, ce qui ne les rend d'ailleurs pas moins efficaces que s'ils présentaient un caractère contractuel¹. En présence d'une explication aussi simple et aussi claire, nous ne voyons pas l'intérêt qu'il peut y avoir à faire appel à une fiction de contrat manifestement contraire à la réalité des faits.

Toutes les explications proposées, il est remarquable de le constater, tendent à faire apparaître la situation de l'usager avec un même contenu. Ce n'est pas là l'une des moindres anomalies des discussions doctrinales en notre domaine que de s'accorder toujours, ou presque toujours, sur les solutions. Ces discussions ne sont-elles pas, dès

1. Duguit, « De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public », in *Mélanges Hauriou*, p. 253; Mestre, note S. 1921.2.65. M. Mestre, tout en reconnaissant le caractère purement légal et réglementaire des droits et obligations du transporteur et du permissionnaire, estime que ces droits et obligations doivent être régis par les principes applicables à la stipulation pour autrui. Nous avouons ne pas comprendre l'intérêt que peut présenter l'application de ces principes ; le caractère légal ou réglementaire des rapports considérés suffit à expliquer les conséquences qui s'y attachent.

lors, parfaitement vaines? Nous ne le croyons pas, car, outre qu'il est toujours préférable de rattacher les solutions pratiques adoptées à des conceptions théoriques exactes, nous trouverons des cas où les solutions consacrées par une jurisprudence établie trouvent leur origine dans la conception contractuelle de la situation de l'usager et apparaissent, en théorie comme en pratique, des plus critiquables. Il nous paraît donc utile, il nous paraît nécessaire de reconnaître que les rapports de l'usager et du service public industriel, toutes les fois que ces rapports naissent à la simple demande de l'usager, comme c'est le cas pour les transports, ont un fondement exclusivement réglementaire, ont leur contenu défini par les seules dispositions du règlement du service.

§ 2. DROITS ET OBLIGATIONS NÉS DE STIPULATIONS CONTRACTUELLES.

En parlant des droits et obligations de l'usager nés de dispositions réglementaires, nous avons supposé, dans un but de simplification, que nous étions en présence de l'usager d'un service dont tous les droits et obligations étaient déterminés par des dispositions légales ou réglementaires parce qu'il n'intervient entre l'usager et le service aucun accord de volontés véritable susceptible de faire naître des obligations particulières. Mais ce que nous en avons dit est, dans une très large mesure, également applicable à l'usager d'un service public de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité, dont les droits et obligations trouvent leur origine dans un tel accord de volontés, dans une police. Si, en effet, l'exploitant du service prend bien en pareil cas, et contrairement à ce qui se passe pour les transports, l'engagement individuel, sous sa signature, de fournir à l'usager les prestations du service, l'accord de volontés résultant de cet engagement et de l'engagement corrélatif de l'usager n'est, pour l'essentiel de son contenu, qu'un acte-condition, tendant à l'application des règlements régissant le service.

Si le service public est exploité en régie, la police est uniquement un acte-condition. En effet l'exploitant du service est une autorité administrative, disposant, pour

assurer le fonctionnement de ce service, d'un pouvoir réglementaire, et toutes les dispositions prises, même dans l'établissement des clauses de la police, ont valeur réglementaire. Il ne faut pas parler de contrat d'adhésion parce qu'il n'y a pas contrat : d'un côté tout est règlement, de l'autre il y a simple manifestation de volonté d'obtenir l'application du règlement. La situation ne diffère de celle que nous avons décrite à l'égard des services publics de transports que par un seul détail de forme : l'adhésion, au lieu d'être unilatérale, s'intègre dans un acte bilatéral ; cette particularité s'explique en pratique parce que la concession a été pendant longtemps et est encore le mode le plus répandu d'exploitation des services de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité et que l'organisation du service concédé a été ensuite tout naturellement étendue aux régies. Encore faut-il remarquer que, pour les services de distribution d'eau, exploités souvent en régie depuis une date assez ancienne, il est fréquent qu'aucune police, aucun accord formel n'intervienne entre l'usager et le service. Les rapports juridiques entre ces derniers naissent alors exactement dans les mêmes conditions qu'entre le voyageur ou l'expéditeur et le service public transporteur.

Si, au contraire, le service public de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité est exploité en concession, la situation change car le cahier des charges, qui fixe les règles d'organisation et de fonctionnement du service, ne peut prévoir dans les plus petits détails les droits et obligations respectifs de l'usager et du concessionnaire. Il laisse ainsi à la volonté des parties un rôle à jouer. Sans doute en fait les règles complétant les clauses du cahier des charges seront-elles fixées unilatéralement par le concessionnaire et l'usager ne pourra que les accepter ou les refuser en bloc, mais le concessionnaire n'est pas une autorité administrative et ne dispose d'aucun pouvoir réglementaire : les règles qu'il édicte ainsi ne pourront donc naître à la vie juridique que par l'accord du concessionnaire et de l'usager, par la signature de la police qui prend alors le caractère d'un véritable contrat. C'est donc seulement dans le cas de service concédé que l'on peut parler de droits et obligations de l'usager naissant de stipulations contractuelles. Nous aurons à nous demander, d'une part, ce que peuvent contenir ces stipulations contractuelles, et, d'au-

tre part, quelle serait la conséquence d'une contradiction entre une telle stipulation et le cahier des charges.

A. Des clauses susceptibles d'être introduites dans un accord entre l'usager et le concessionnaire.

Pour l'étude des clauses susceptibles d'être introduites dans un accord entre usager et service public industriel, une distinction est nécessaire entre deux ordres d'accords : la police et le traité particulier, la police tendant à assurer l'exécution du service dans le cadre du cahier des charges, le traité particulier ayant au contraire pour objet des prestations accordées en dehors des règles prévues au cahier des charges.

1. *La police.* — La police est l'acte juridique qui fixe les modalités d'exécution des prestations prévues au cahier des charges : elle précise l'identité du bénéficiaire du service public, la nature et l'importance de la prestation, les endroits où la prestation doit être fournie, etc. A ces différents points de vue, elle n'est pas autre chose qu'un acte-condition, fixant les éléments indispensables pour l'application des règles prévues au cahier des charges. Mais le plus souvent, elle contient également des clauses ajoutant au cahier des charges, faisant naître des droits et des obligations qui ne résultaient pas directement de ce dernier. C'est dans ces clauses que nous voyons des stipulations contractuelles.

Elles conservent ce caractère alors même qu'elles seraient prévues par une police-type ayant reçu l'agrément de l'autorité administrative concédante, ainsi que c'est aujourd'hui le cas le plus fréquent. Cet agrément en effet ne transforme pas les stipulations de la police en dispositions réglementaires. Il est simplement la manifestation du droit de contrôle que se réserve le concédant pour assurer la conformité des clauses de la police au cahier des charges. L'autorité concédante ne s'approprie pas les clauses de la police-type pour en faire un règlement : elle ne peut même refuser son agrément qu'à une police contenant une clause contraire au cahier des charges¹.

1. Conseil d'Etat, 15 janvier 1868, *Lebon*, Rec., p. 20. Un arrêt récent de la cour de Cassation (Cass. Civ., 10 février 1932, *Société Nord-Lumière c. Baudoin*, S. 1932.1.143) pourrait à première vue être interprété en sens contraire, mais nous ne croyons pas qu'il ait une telle portée.

Dans la police, le concessionnaire pourra introduire toutes les stipulations nécessaires ou au moins utiles au bon fonctionnement du service et ne contredisant aucune clause du cahier des charges. Tel est le principe que consacre très nettement la jurisprudence : si le cahier des charges ne fixe aucune durée pour les abonnements à consentir, le concessionnaire peut dans la police imposer un minimum de durée, mais à condition de se tenir dans des limites raisonnables¹; il peut également prévoir que les prestations seront interrompues si l'usager n'acquitte pas le montant de son abonnement, car c'est là simplement l'expression du lien juridique existant entre les droits et obligations réciproques du concessionnaire et de l'usager²; de même un concessionnaire de distribution de gaz pourrait se réserver le droit de faire payer par avance aux abonnés une somme représentant approximativement le prix du gaz qu'ils doivent consommer pendant un mois, cette clause n'ayant d'autre but que de garantir l'entrepreneur des pertes auxquelles pourrait l'exposer l'insolvabilité de certains consommateurs, étant entendu que la somme dont s'agit sera remboursée en fin d'abonnement³. A l'inverse un concessionnaire ne pourrait refuser, dans l'exécution de travaux d'installation de l'éclairage électrique, de se soumettre au contrôle de l'architecte désigné par le propriétaire de l'immeuble où les travaux sont effectués⁴. Il sera ainsi nécessaire d'apprécier en fait, dans chaque hypothèse, si les règles stipulées par le concessionnaire se justifient par l'intérêt du service et n'ont pas un caractère abusif.

En aucun cas, bien entendu, une police ne pourrait contenir une clause contraire au cahier des charges ou, d'une manière plus générale, aux règles d'organisation du service, par exemple au principe de l'égalité des usagers

1. Rouen, 5 mai 1846, *Pauwels et Visinet c. Marinier-Lamy*, D. 1846.2.175. Dans le sens, au contraire, de la liberté absolue du concessionnaire dans la fixation de la durée de l'abonnement, Aix, 19 février 1846, *Compagnie du Midi c. Meyer*, D. 1846.2.176.

2. Lyon, 12 novembre 1931, *Société d'électricité du Bugey c. Merle*, S. 1932.2.57, avec la note de M. L'Huillier.

3. Conseil d'Etat, 15 janvier 1868, *Lebon*, Rec., p. 20.

4. Dijon, 17 mars 1913, *Bouzereau c. Société d'éclairage des villes de Chalon-sur-Saône et Mâcon*, D. 1914.2.39, S. 1917.2.105, avec la note de M. Mestre.

devant le service. L'ensemble de ces règles s'imposent aussi bien au concessionnaire qu'aux autorités administratives dont relève le service.

2. *Le traité particulier.* — Ce sont les mêmes principes généraux qui régissent le traité particulier, c'est-à-dire la convention par laquelle le concessionnaire s'engage à fournir des prestations en dehors des règles prévues par le cahier des charges. Ces traités peuvent prendre des aspects très différents entre lesquels il est nécessaire de distinguer.

En premier lieu les cahiers des charges des concessions, en particulier ceux des distributions d'électricité, se bornent le plus souvent à prévoir des tarifs maximum, auxquels le concessionnaire devra se tenir à l'égard des usagers se trouvant dans des conditions déterminées, et laissent au concessionnaire la faculté d'accorder les prestations à des conditions plus avantageuses aux usagers qui accepteraient certaines sujétions. De tels traités restent sous la dépendance étroite du cahier des charges qui, fréquemment, prévoit d'une manière précise les cas auxquels ils pourront être conclus. A notre sens, ces traités, comme la police, comportent adhésion de l'usager aux clauses du cahier des charges régissant l'organisation et le fonctionnement du service : ils ne diffèrent pas sensiblement de la police par leur nature.

En second lieu, et à l'opposé, le concessionnaire peut, en toute liberté, traiter avec l'usager pour la fourniture de prestations étrangères au service public lui-même : tel est le cas pour toutes les prestations accessoires du service, pour la fourniture du matériel nécessaire à l'utilisation de l'eau, du gaz, de l'électricité, lorsque cette fourniture n'est pas prévue par le cahier des charges ou que l'usager demande au concessionnaire des prestations supérieures à celle qu'il est tenu de fournir¹.

1. Lyon, 12 novembre 1931, *Société d'Electricité du Bugey c. Merle*, S. 1932.2.57, avec la note de M. L'Huillier; dans l'espèce le cahier des charges imposait à la Société concessionnaire l'établissement des postes de transformation, mais seulement dans une limite définie : pour la desserte du hameau dans lequel étaient situées les installations de l'abonné, le concessionnaire n'était tenu qu'à l'établissement d'un transformateur sur poteaux jumelés de trois kilovoltampères; l'abonné demandant une puissance qui exigeait un transformateur de quinze kilovoltampères, l'installation de ce dernier, excédant le cadre du contrat de concession, devait faire l'objet d'un contrat indépendant entre la société et l'usager, contrat pouvant imposer à ce dernier le paiement d'une rémunération pour l'exécution de l'ouvrage,

Beaucoup plus délicate est la question de savoir si les prestations qui sont l'objet même du service public peuvent être assurées dans des conditions différentes de celles prévues au cahier des charges. La jurisprudence l'a parfois admis : ainsi lorsqu'une concession de distribution d'eau ne prévoit que la fourniture de l'eau au moyen d'un robinet de jauge, le concessionnaire peut néanmoins conclure des abonnements au compteur, lesquels, étant en dehors du cadre de la concession, relèvent du libre accord des parties et échappent à tout contrôle de l'autorité concédante¹. De même la fourniture du gaz et de l'électricité peut être assurée en vertu d'un contrat qui ne se présente pas sous la forme sacramentelle de la police-type et comporte des modalités plus souples². Dans quelle mesure, si l'on admet ces solutions, de tels contrats peuvent-ils déroger aux clauses du cahier des charges ? La question, ainsi posée, nous paraît insoluble. Sans doute a-t-on proposé de distinguer, dans les clauses du cahier des charges, entre celles qui ont le caractère de dispositions de police, celles qui tendent à assurer le fonctionnement normal du service, et celles qui sont conçues uniquement dans l'intérêt commercial du concessionnaire (minimum de consommation, minimum de durée des abonnements), les clauses des deux premiers groupes ayant un caractère impératif, alors que le concessionnaire pourrait renoncer au bénéfice de celles du troisième groupe³. Mais cette distinction nous paraît tout à fait arbitraire. Toutes les clauses du cahier des charges intéressant les rapports du concessionnaire et de l'utilisateur tendent à assurer le bon fonctionnement, le fonctionnement normal du service : il en va ainsi même de celles qui en apparence sont conçues dans le seul intérêt du concessionnaire, car le bon fonctionnement commercial de l'entreprise concessionnaire est un élément essentiel du bon fonctionnement du service public. Toutes ces clauses ont une valeur réglementaire et, à notre sens, aucune dérogation ne peut leur être apportée. Le concessionnaire a reçu la mission d'assurer le fonctionnement d'un service

1. Conseil d'Etat, 8 août 1888, *Commune de Neuilly*, Rec., p. 732 ; 3 mars 1893, *Commune de Clichy*, Rec., p. 194.

2. Cf. Cass. civ., 20 février 1923, *Grandin c. Société « L'Electrique d'Anjou »*, S. 1923.1.193, avec la note de M. Mestre et les renvois.

3. Mestre, note S. 1923.1.193.

public dans des conditions déterminées : il ne peut, même si tel est son intérêt, assurer ce fonctionnement à des conditions différentes. De plus en plus souvent d'ailleurs les contrats de concession organisent une véritable association financière du concédant et du concessionnaire. Si celui-ci pouvait fournir les prestations du service en dehors des conditions définies par le cahier des charges, les intérêts de la collectivité concédante risqueraient de se trouver lésés.

Ainsi, qu'il s'agisse d'une police ou d'un traité particulier, le concessionnaire ne dispose d'une véritable liberté de contracter avec l'usager que soit pour subordonner l'attribution des prestations à des conditions non prévues au cahier des charges et justifiées par l'intérêt du service, soit pour la fourniture de prestations extérieures au service public proprement dit. Encore dans ce dernier cas la liberté contractuelle se trouverait-elle limitée par la spécialité nécessaire de l'entreprise concessionnaire, spécialité qui lui interdit de se livrer, en principe, à des activités étrangères au service concédé, ou tout au moins, d'après la jurisprudence, qui s'est établie surtout à propos des grands réseaux de chemins de fer, à des activités qui ne seraient pas l'accessoire du service concédé. La place laissée aux accords contractuels entre usagers et concessionnaires est donc des plus limitées. La situation de l'usager, même dans les cas que nous venons d'envisager, conserve un caractère essentiellement réglementaire.

B. De la violation du cahier des charges par une police ou un traité particulier et de sa sanction.

Il est interdit, en règle générale, au concessionnaire d'apporter, même d'accord avec l'usager, des dérogations aux clauses du cahier des charges dans les polices ou traités particuliers. Quelle va être la portée de cette interdiction ? autrement dit quelle en est la sanction ? — La réponse à cette question est subordonnée à la conception que l'on se fait de la nature juridique du cahier des charges. Suivant que l'on reconnaît à celui-ci un caractère contractuel ou réglementaire, la sanction de la violation de ses dispositions apparaîtra différente.

Si le cahier des charges s'intègre purement et simplement dans le contrat de concession, s'il n'a pas de valeur propre, les seules sanctions de son inobservation seront celles du contrat, dont la mise en œuvre est réservée à l'autorité concédante ou, dans le cas exceptionnel prévu par l'article 123 de la loi du 5 avril 1884, s'agissant d'un service municipal, au contribuable de la commune intervenant au nom de cette dernière. Ces différentes sanctions ne permettent pas de faire tomber l'acte passé en violation du cahier des charges, mais seulement d'obtenir la condamnation du concessionnaire à des dommages-intérêts, voire même de résilier le contrat de concession, toutes mesures qui, le plus souvent, seront sans proportion avec le manquement constaté. Et surtout l'exercice de telles sanctions est fermé à l'usager. Le contrat de concession, à son égard, est *res inter alios acta*; la police, le traité font la loi des parties sans que leur efficacité puisse se trouver diminuée par l'inobservation d'engagements purement contractuels pris par le concessionnaire à l'égard du concédant et étrangers aux rapports entre le concessionnaire et l'usager. Telle est bien la solution consacrée par la Cour de cassation : les arrêts intervenus concernent pour la plupart la violation des clauses insérées dans les cahiers des charges de marchés de travaux publics au profit des ouvriers, mais les principes posés à cette occasion ont une portée générale et sont applicables à l'inobservation de clauses de cahiers des charges de concessions intéressant les usagers. Les décrets Millerand du 10 août 1899 prévoient l'introduction dans les cahiers des charges des marchés de travaux publics et de fournitures des collectivités administratives de tout un ensemble de clauses en faveur du personnel employé par l'entrepreneur et, en particulier, de stipulations imposant à l'entrepreneur le paiement d'un salaire minimum. Les décrets ne sanctionnent pas expressément ces clauses par la nullité; d'ailleurs, à l'égard des départements, communes, établissements publics, l'insertion de ces stipulations dans les cahiers des charges est purement facultative. Ces clauses et stipulations n'ont donc d'autre valeur juridique que celle du cahier des charges dans lequel elles figurent. La Cour de cassation a estimé qu'en l'absence de texte de loi qui prohibe, à peine de nullité, des conventions fixant un salaire infé-

rieur à celui prévu au cahier des charges, de telles conventions sont valables et doivent recevoir leur exécution, les ouvriers intéressés pouvant simplement demander à l'administration, par application de l'article 4 du décret du 10 août 1899, de les indemniser au moyen de retenues sur les sommes dues à l'entrepreneur et sur son cautionnement¹. Cette conception enlève la plus grande partie de leur portée aux prescriptions insérées dans le cahier des charges en faveur des usagers ou du personnel².

Usagers et ouvriers conservent cependant un moyen d'action contre le concessionnaire si, comme il est vraisemblable, ils ont contracté avec celui-ci dans l'ignorance des clauses plus favorables prévues par le cahier des charges. Celles-ci, en effet, ont à tout le moins la valeur de stipulations pour autrui, faisant naître un droit direct au profit des usagers ou ouvriers en faveur desquels elles ont été conçues. Les conventions, polices ou traités particuliers, dérogeant au cahier des charges, ont en réalité, au regard des usagers ou ouvriers, le caractère juridique de renonciations aux droits qu'ils tenaient de ces stipulations pour autrui. Si donc les intéressés ignoraient le contenu du cahier des charges, leur consentement a été vicié par une erreur sur la nature même de la convention contenant, à leur insu, une renonciation à des droits. Une action en nullité leur est par suite ouverte³. L'on arrive à la même solution par un raisonnement voisin, ne voyant dans l'ignorance des droits tenus du cahier des charges le motif déterminant du consentement donné par l'usager ou l'ouvrier à la convention : il y a alors erreur sur la cause de l'engagement, devant encore entraîner la nullité du contrat⁴.

Le simple examen des décisions des tribunaux en ces matières montre combien les principes appliqués répondent mal au but poursuivi par l'administration, à la nature profonde des prétendus contrats conclus par l'administra-

1. Cass. Civ., 25 mars 1908, *Lenoin c. Briard*; 23 décembre 1908, *Poilleux c. Minette*; 3 mars 1909, *Bioulac et autres c. Lagranerie*, S. 1911.1.369, avec la note de M. Demogue.

2. Cf. Cass. Civ., 10 février 1932, *Société Nord-Lumière c. Beaudoin*, S. 1932.1.143.

3. Demogue, note S. 1911.1.369.

4. Trib. Béziers, 24 juin 1932, *Société biterroise de force et lumière c. Guilhaumat*, *Gaz. Trib.*, 15 nov. 1932.

tion pour assurer le fonctionnement de ces services publics. Si l'on se dégage des conceptions civilistes traditionnelles, n'apparaît-il pas choquant, et même inadmissible qu'un entrepreneur ou un concessionnaire, à qui l'administration confie l'exécution d'un travail ou d'un service public, puisse en fait se soustraire à peu près impunément aux règles posées par l'administration dans un intérêt général? — En réalité, comme nous espérons l'avoir montré précédemment, les clauses des cahiers des charges intéressant l'organisation ou le fonctionnement du service n'ont pas un caractère contractuel, ce sont des dispositions réglementaires, dont la violation, par suite, doit être sanctionnée par la nullité. Il est remarquable de constater que la Cour de cassation après avoir reconnu, au moins implicitement ce caractère des clauses du cahier des charges en admettant le candidat à l'usage du service à agir directement devant les tribunaux judiciaires contre le concessionnaire en exécution des obligations incombant à ce dernier en vertu de ces clauses, revienne complètement à la conception contractuelle du cahier des charges lorsqu'il s'agit de préciser les sanctions de son inobservation. Si, comme nous le croyons, il y a bien là uniquement des dispositions réglementaires, toute convention y dérogeant est radicalement nulle, d'une nullité absolue, pouvant être invoquée par tous les intéressés, alors même qu'ils auraient eu connaissance de l'irrégularité et ne pourraient par suite se prévaloir de leur erreur¹. Il n'en irait autrement que si la règle à laquelle il est dérogé avait un caractère tout à fait secondaire, si le vice pouvait être regardé comme n'étant pas substantiel, ce qu'il appartiendrait aux tribunaux d'apprécier en fait. Ces principes, d'ailleurs, sont consacrés d'une manière constante par la jurisprudence judiciaire à l'égard de l'application des tarifs de chemins de fer. Il ne nous paraît pas juridiquement possible d'adopter des solutions différentes dans l'application de cahiers des charges qui, malgré leur apparence contractuelle, s'opposant à l'apparence réglementaire des tarifs de chemins de fer, sont en réalité, comme eux, des règlements administratifs.

1. En ce sens, Demogue, *Traité des Obligations en général*, t. II, n° 902. M. Demogue rattache cette solution à la théorie des contrats de réglementation.

*
* *

L'étude des liens de droit s'établissant entre le service public industriel et l'usager pour l'exécution des prestations nous a donc mis, une fois de plus, en présence de contradictions de la jurisprudence qui, attachée aux cadres traditionnels du droit civil, s'efforce de faire rentrer dans ces cadres des situations totalement différentes. Si les règles du contrat civil permettent d'expliquer les solutions que commanderait la conception réglementaire du cahier des charges et des rapports entre l'usager et le service, il n'y a que demi-mal : on peut trouver vains les efforts des juges, vaines également les constructions doctrinales édifiées pour justifier ces solutions, mais le fonctionnement même du service, les rapports entre le service et l'usager n'en souffrent pas. Il en va tout autrement lorsque l'on prétend appliquer à ce fonctionnement, à ces rapports, les règles déduites logiquement de l'analyse faite de ces rapports au point de vue du droit civil : l'on est alors conduit, en effet, à étendre aux relations entre service et usager des principes établis en vue de relations différentes et sans commune mesure avec elles, principes qui risquent de porter atteinte au bon fonctionnement même du service public.

CHAPITRE II

DE L'INFLUENCE SUR LA SITUATION DE L'USAGER DES MODIFICATIONS APPORTEES AUX REGLEMENTS ET CAHIERS DES CHARGES.

Tout service public — et ceci est spécialement vrai des services publics industriels — a pour objet de satisfaire à des besoins collectifs essentiellement variables dans le temps. D'autre part, le milieu économique, politique, social, dans lequel fonctionne le service public, est en perpétuelle évolution. Ces deux ordres de considérations — transformations des besoins auxquels correspond le service public, transformations des circonstances extérieures influant sur son fonctionnement — expliquent et justifient la nécessité, pour assurer la continuité du service public, d'une constante adaptation des règles qui président à son organisation et à son fonctionnement. Dans quelle mesure cette adaptation aura-t-elle une répercussion sur la situation des usagers du service? En pratique la question se pose surtout à propos des modifications de tarifs : dans quelles mesures ces modifications sont-elles applicables aux usagers qui bénéficient du service en vertu d'une police ou de tout autre acte juridique antérieur aux modifications?

Si les rapports entre l'usager et le service public industriel s'organisent d'après un pur et simple contrat synallagmatique, la réponse est facile : en vertu de l'article 1134 du Code civil, les conventions font la loi des parties. Aucune modification ne peut donc leur être apportée en cours d'exécution que d'un commun accord. Si le contrat a une durée déterminée, c'est seulement à l'expiration de cette durée que la modification des tarifs sera applicable à l'usager : encore faut-il observer que si ce contrat est susceptible de tacite reconduction, l'accord originaire con-

tinuera de recevoir exécution jusqu'à dénonciation par l'administration. En cas de contrat à durée indéterminée, la dénonciation peut intervenir à tout moment. Mais, en toute hypothèse, la modification des tarifs ne devient applicable qu'à la suite de la dénonciation ou de l'expiration normale du contrat en cours et par la conclusion d'un nouveau contrat sur la base des tarifs modifiés. Telle était la solution consacrée, il y a moins d'un demi-siècle, par la jurisprudence judiciaire en ce qui concerne notamment les modifications de tarifs téléphoniques¹.

Cette solution, que paraît imposer la stricte application des règles du droit civil, présente dans la pratique les plus graves inconvénients : outre qu'elle réduit considérablement l'efficacité des augmentations de tarifs et risque ainsi de porter atteinte à l'équilibre financier et par suite à la continuité du service public, elle crée entre les usagers des inégalités inadmissibles puisque, suivant que les contrats auront été conclus avant ou après la modification, les usagers seront soumis à des tarifs différents. Le principe général de l'égalité des usagers devant le service public s'oppose absolument à l'existence de telles situations, que la modification considérée soit d'ailleurs une augmentation ou une diminution de tarifs. Ces considérations, dont le poids a été accru par les bouleversements résultant de la guerre, ont amené les tribunaux à modifier leur jurisprudence et à admettre dans la plupart des cas l'application immédiate des tarifs nouveaux. Mais il a fallu justifier cette jurisprudence nouvelle, et, dans le cadre du droit civil, ce n'était pas chose facile.

A l'égard des services publics de transports, particulièrement des chemins de fer, les tribunaux judiciaires étaient à l'aise. Tout d'abord les prestations sont en général fournies individuellement, pour un transport déterminé, d'une durée limitée, et, en pareille hypothèse, la question de l'effet d'une modification de tarif en cours de contrat ne peut guère se poser. D'autre part et surtout la Cour de cassation a toujours reconnu qu'en ce domaine les tarifs ont un caractère d'ordre public : leurs dispositions sont impératives et comme telles immédiatement applicables. Tel est

1. Paris, 21 avril 1887, *Compagnie générale des Téléphones c. Suzor*, S. 1889.2.51; Nancy, 9 mai 1896, *L'Etat c. Calin*, S. 1898.2.281.

le principe dont les tribunaux ont notamment fait application aux carnets de billets délivrés à Paris par la Compagnie du chemin de fer métropolitain et non épuisés au moment de l'entrée en vigueur de tarifs plus élevés. Il y a d'ailleurs en pareil cas un autre motif d'imposer au porteur de tels carnets le paiement d'un supplément de prix pour pouvoir en utiliser les billets : c'est que la délivrance de ces carnets ne constitue pas la conclusion d'un nombre de contrats de transport égal à celui des billets remis, mais seulement « une mesure d'ordre intérieur fournissant la constatation du paiement fait d'avance du « prix, non garanti immuable, d'un transport indéterminé quant à sa date et quant à son point de départ¹. » Toutes ces circonstances ont fait que l'application immédiate des modifications des tarifs des services publics de transports n'a jamais soulevé de difficultés sérieuses.

Il n'en a pas été de même pour les services publics de distribution de gaz ou d'électricité. Reconnaisant en effet un caractère purement contractuel à la police d'abonnement, hésitant à voir autre chose qu'un contrat dans le cahier des charges des services concédés, les tribunaux judiciaires avaient peine à admettre qu'une modification de tarifs réalisée, en cas de service concédé, par un avenant au cahier des charges, c'est-à-dire par un contrat entre le concédant et le concessionnaire, pût entraîner une modification des polices, des contrats conclus entre le concessionnaire et les usagers. Et cependant l'application immédiate des tarifs même aux contrats en cours était ici particulièrement nécessaire. Le Conseil d'Etat avait été appelé à reconnaître que les bouleversements économiques nés de la guerre justifiaient l'allocation par les collectivités concédantes aux concessionnaires tenus, malgré les circonstances nouvelles, de continuer à exécuter le service public, d'indemnités correspondant à une part importante des charges extra-contractuelles imposées par cette exécution². Mais cette mesure devait avoir un caractère exceptionnel et temporaire et conduire les collectivités

1. Paris; 23 juillet 1931, *Caillot c. Compagnie du chemin de fer Métropolitain*, *Gaz. Trib.*, 5-6 fév. 1932.

2. Conseil d'Etat, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c. Ville de Bordeaux*, S. 1916.3.17, avec les concl. de M. Chardenet et la note de M. Hauriou.

concédantes à fixer d'accord avec les concessionnaires, dans des avenants aux cahiers des charges, des tarifs plus élevés permettant à l'entreprise de fonctionner normalement sur des bases financières adaptées aux circonstances économiques nouvelles : cela, les commissaires du gouvernement près le Conseil d'Etat l'ont maintes fois affirmé dans leurs conclusions, et le Conseil d'Etat lui-même l'a expressément reconnu en décidant que le juge administratif peut indiquer aux parties les conditions dans lesquelles un relèvement des tarifs, arrêté d'accord entre l'autorité concédante et le concessionnaire, pourrait tenir compte à ce dernier des sujétions extra-contractuelles résultant pour lui des événements de force majeure, et remplacer l'indemnité à laquelle il apparaît que le concessionnaire aurait droit¹. Cette jurisprudence ne pouvait avoir d'intérêt pratique, les modifications de tarifs effectuées sur les indications de la juridiction administrative ne pouvaient être efficaces que si tous les usagers s'y trouvaient immédiatement soumis. Les tribunaux judiciaires ont admis qu'en règle générale il devait en être ainsi. Pour comprendre et apprécier le fondement de cette solution il est nécessaire de distinguer deux ordres de situations :

1° La situation de l'usager soumis — c'est le cas normal — à une police se référant expressément ou implicitement à l'ensemble des dispositions du règlement ou du cahier des charges régissant le service;

2° La situation de l'usager dont les rapports avec le service sont régis par un traité particulier.

§ 1. POLICES SE RÉFÉRANT EXPLICITEMENT OU IMPLICITEMENT À L'ENSEMBLE DES DISPOSITIONS DU RÈGLEMENT OU DU CAHIER DES CHARGES.

Dans la généralité des cas, les relations entre l'usager et le service public industriel résultent d'une police conclue sur la base du règlement ou du cahier des charges qui fixe les règles de fonctionnement du service. Le plus souvent la police comporte une référence expresse

1. Conseil d'Etat, 30 janvier 1920, *Compagnie nouvelle d'éclairage et de chauffage par le gaz de Loudun*, Rec., p. 108; 21 mai 1920, *Commune de Neuilly-sur-Marne*, Rec., p. 526; ... etc.

à ce règlement ou à ce cahier des charges, mais l'absence d'une telle référence ne modifie nullement la situation, s'il résulte de l'ensemble des clauses de la police que celle-ci a été conclue dans le cadre du statut du service. L'influence des modifications de ce statut sur la situation de l'utilisateur soumis à de telles polices ne peut s'expliquer de la même façon ni d'une manière également satisfaisante suivant que l'on voit ou non dans la police un acte purement contractuel.

A. Première hypothèse : La police est un acte purement contractuel.

La jurisprudence judiciaire regarde la police comme un contrat et rien de plus. C'est un contrat de fournitures, une vente conclue entre le service et l'utilisateur, un contrat synallagmatique parfait, auquel sont applicables toutes les règles du droit des contrats. C'est donc dans le cadre de ces règles qu'il faut rechercher si la modification apportée aux règlements et cahiers des charges régissant le service public industriel peut avoir une répercussion sur les contrats passés entre ce service et l'utilisateur. Pour l'admettre les tribunaux paraissent avoir fait appel à trois notions différentes : l'interprétation de la volonté des parties, le caractère réglementaire des tarifs et de leurs modifications, enfin la force majeure.

1. Interprétation de la volonté des parties.

D'après l'article 1165 du Code civil, « on doit dans les « conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter « au sens littéral des termes ». Si donc l'on peut établir qu'en signant la police, l'utilisateur a entendu se soumettre à toutes les modifications à venir du cahier des charges ou du règlement régissant le service, l'application de ces modifications à la police en cours ne souffre plus aucune difficulté : elle résulte directement des principes généraux du droit des contrats.

Pour prouver qu'il en est bien ainsi, l'on est naturellement tenté de faire appel, s'il s'agit tout au moins d'un

service concédé, à la théorie de la stipulation pour autrui, de voir dans la police l'acceptation d'une telle stipulation. Cette acceptation établit un lien entre le cahier des charges et la police, celle-ci se trouvant sous la dépendance étroite de celui-là. Mais elle ne suffit pas à justifier l'application à l'usager des modifications apportées au cahier des charges car, en vertu de l'article 1121 du Code civil, « celui qui a fait une stipulation ne peut la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter ». La police, envisagée comme une acceptation de la stipulation pour autrui inhérente au cahier des charges, crée donc une situation juridique définitive, non susceptible d'être modifiée par la révocation de cette stipulation qui résulterait de la modification des conditions auxquelles l'usager peut bénéficier du service. D'autre part, insuffisante déjà à justifier l'application de tarifs nouveaux aux usagers d'un service concédé, la théorie qui voit dans la concession une stipulation pour autrui est absolument sans portée à l'égard des usagers d'un service exploité en régie.

En réalité l'acceptation de la stipulation pour autrui, et, plus généralement, la signature de la police par l'usager ne peut expliquer la soumission de l'usager aux modifications du cahier des charges de la concession ou du règlement de la régie que si les parties peuvent être regardées comme ayant envisagé, en traitant, l'application de ces modifications éventuelles. D'après certains, il en va nécessairement ainsi, parce que la police ne constitue pas une entité juridique indépendante : c'est un contrat synallagmatique sans doute, mais qui est l'accessoire, la dépendance du règlement ou cahier des charges et doit être interprété d'après ce dernier¹. Mais c'est là certainement interpréter la volonté des parties bien au delà de leur intention véritable. Il n'est pas douteux qu'en signant la police l'usager a en vue le fonctionnement du service dans les conditions où il est organisé à ce moment, et c'est réellement donner de ses intentions une interprétation quelque peu excessive que de vouloir qu'il ait prévu des modifications par nature même imprévisibles. Tel est bien cependant le sens de nombreuses décisions des tribu-

1. V. les concl. de M. Regnault sous : Trib. Seine, 10 mai 1916, *Delille c. Société d'éclairage, de chauffage et de force motrice*, *Gaz. Trib.*, 29 mai 1916.

naux judiciaires, fondées explicitement ou implicitement sur l'interprétation de la volonté des parties¹ : l'on trouve là une fois de plus un exemple de ces fictions, auxquelles malheureusement ne répugnent ni les tribunaux ni les civilistes attachés à la doctrine traditionnelle de l'autonomie de la volonté et qui aboutissent à des constructions juridiques dépourvues de toute assise dans la réalité.

2. Caractère réglementaire des dispositions régissant l'organisation du service.

Aussi bien la Cour de cassation ne paraît-elle s'être appuyée à aucun moment sur la volonté présumée des parties pour justifier l'application immédiate des tarifs nouveaux aux usagers titulaires de polices en cours. Bien que ses arrêts soient fort peu explicites, ils semblent se rattacher à l'idée toute différente que les règlements et cahiers des charges régissant les services publics industriels et, par conséquent, les tarifs ont une valeur réglementaire et s'imposent, par suite, impérativement aux usagers. Les relèvements de tarifs « s'imposent » à tous ceux auxquels le gaz ou l'électricité est fourni par le service public, c'est ce qu'affirment les différentes décisions de la Cour de cassation².

Que les dispositions régissant l'organisation et le fonctionnement des services publics industriels et notamment fixant le tarif des prestations aient une valeur réglementaire, alors même qu'elles figureraient dans le cahier des charges d'une concession, c'est ce que nous n'avons cessé de soutenir. Mais cela ne suffit pas, quoi qu'on ait dit, à justifier l'application immédiate des relèvements de tarifs, car des règlements nouveaux, pas plus que des lois nouvelles, ne peuvent modifier des situations nées de contrats : cette règle résulte moins du principe de la non-rétroactivité

1. Trib. Seine, 10 mai 1916, *Delille c. Société d'éclairage, de chauffage et de force motrice*, *Gaz. Trib.*, 29 mai 1916; *Rev. du Droit public*, 1916, p. 240; Paris, 15 mai 1919, *Choiseau c. Soc. d'éclairage, de chauffage et de force motrice*, S. 1921.2.93; Lyon, 25 juillet 1921, *Compagnie du Gaz de Lyon et Ville de Lyon c. Trolliet*, D. 1922.2.19.

2. Cass. Req., 4 mai 1921, *Société intercommunale d'éclairage c. Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, S. 1922.1.65, avec la note de M. Mestre, D. 1922.1.41, avec la note de M. Appleton; 15 avril 1924, *Trolliet c. Compagnie du Gaz de Lyon et Ville de Lyon*, D. H., 1924, p. 393.

des lois — il s'agit de modifier dans l'avenir les effets des contrats — que de celui de la stabilité des contrats et des situations contractuelles qui domine tout notre droit. Ainsi lorsqu'un contrat prévoit le paiement d'intérêts au taux légal, la modification de ce taux par la loi au cours de l'exécution du contrat n'est pas applicable aux parties régies par ce contrat¹. La situation n'est-elle pas la même quant à l'application des tarifs nouveaux résultant d'une modification du règlement du service ou d'un avenant au cahier des charges? Si la police est un contrat, si la situation de l'usager est purement contractuelle, le caractère réglementaire des tarifs ne saurait en justifier l'application immédiate².

3. La force majeure.

Aussi a-t-on proposé de faire appel à un système juridique fondé sur l'idée de force majeure, et qui conduirait d'ailleurs à des solutions sensiblement différentes de celles consacrées par la Cour de cassation. D'après les arrêts du Conseil d'Etat consacrant la théorie de l'imprévision, les compagnies concessionnaires — le raisonnement vaudrait également pour les régies — ne peuvent être tenues, en raison des bouleversements économiques nés de la guerre, d'assurer, aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service. Cette constatation faite par le juge dans chaque cas particulier signifierait que la force majeure délie l'exploitant du service de ses obligations. L'autorité concédante, en vue d'assurer le fonctionnement continu du service, s'entendra avec le concessionnaire pour établir de nouveaux tarifs. Le concessionnaire, étant délié de ses obligations vis-à-vis des usagers, peut subordonner l'octroi des prestations à l'application des tarifs ainsi fixés. L'usager aurait donc une option entre la résiliation de son contrat et l'acceptation des prix majorés, cette acceptation devant être présumée, à moins de manifestation de volonté contraire, du seul fait que

1. Trib. Seine, 13 juin 1901, *Janssens de Burges c. Hérit. Cambray*, S. 1903.2.149; cf. également la note sous Cass. Req., 25 juin 1902, *Goldschmidt c. Haas*, S. 1904.1.188.

2. En ce sens, Mestre, note S. 1922.1.65.

l'usager continue à user du service après la date prévue pour l'entrée en vigueur des nouveaux tarifs¹.

Les solutions auxquelles conduit ce raisonnement juridique ont donc une portée très limitée : en règle générale, les modifications apportées au règlement de la régie ou au cahier des charges du service concédé ne pourraient avoir aucune répercussion sur les polices en cours. Il n'en irait autrement que si ces modifications avaient leur origine dans des événements de force majeure — l'on ajoute même : judiciairement constatée — susceptibles de délier la régie ou le concessionnaire de ses obligations vis-à-vis des usagers.

Mais, même ainsi limité, le raisonnement proposé se fonde sur une base juridique inexacte. La notion de force majeure que l'on trouve à l'origine de la théorie de l'imprévision élaborée par le Conseil d'Etat présente en effet des caractères fort particuliers et ne saurait être confondue, ni dans sa définition, ni dans ses effets, avec la notion civiliste de force majeure. L'on a bien souvent constaté que le Conseil d'Etat fait jouer la théorie de l'imprévision dès qu'il y a bouleversement de l'économie du contrat faisant peser sur le concessionnaire des charges extra-contractuelles imprévisibles, sans exiger l'impossibilité absolue d'exécution où les civilistes voient l'élément essentiel de la force majeure. Mais ce que l'on ne remarque pas en général, c'est que les effets attachés par le Conseil d'Etat à cette notion large de la force majeure ne sont pas les mêmes que ceux résultant, d'après les principes généralement admis, de la notion plus étroite qui est celle du droit civil. Malgré le bouleversement de l'économie du contrat, le concessionnaire n'est pas libéré, il reste tenu d'assurer l'exécution du service, mais, comme les circonstances ne lui permettraient pas de le faire d'une manière satisfaisante, la nécessité du fonctionnement continu du service public l'autorise à demander au concédant un concours financier, correspondant à une part importante des charges extra-contractuelles qu'il doit supporter. La théorie de l'imprévision tend à parer à des difficultés temporaires, en donnant au concessionnaire, non dans son intérêt mais dans celui du

1. Regnault, concl. sous Trib. Seine, 10 mai 1916, *Delille c. Société d'éclairage, de chauffage et de force motrice*, *Gaz. Trib.*, 29 mai 1916; Mestre, note S. 1922.1.65.

service public, le moyen d'assurer le fonctionnement de ce dernier jusqu'au moment où l'économie du contrat se trouvera rétablie soit par le jeu des circonstances, soit par l'adaptation des règles d'organisation du service. Le domaine de l'imprévision est donc entièrement différent de celui de la force majeure civiliste qui libère les parties de leurs obligations, justifie la résiliation du contrat. Le Conseil d'Etat l'a marqué de la manière la plus nette en décidant que si les difficultés de fonctionnement du service concédé prennent un caractère définitif à raison des circonstances économiques, si le service cesse d'être viable, le concédant et le concessionnaire peuvent l'un et l'autre demander la résiliation, mais qu'en tout cas la théorie de l'imprévision ne doit plus jouer¹ : ici c'est la notion civiliste de la force majeure qui reparait dans son contenu — impossibilité d'exécution —, et dans ses effets — résiliation du contrat.

S'il en est ainsi, tout le raisonnement tendant à justifier l'application des tarifs nouveaux aux polices en cours par la notion de force majeure se trouve sans fondement. Car la notion à laquelle on fait appel n'est pas celle du droit civil, qui libère les parties de leurs obligations, mais celle qui est à la base de la théorie de l'imprévision qui n'a nullement cet effet. Malgré la constatation par le juge administratif que le bouleversement de l'économie du contrat résultant des circonstances justifie l'application de la théorie de l'imprévision, le concessionnaire reste tenu, vis-à-vis du concédant, d'assurer le fonctionnement du service public, il reste tenu de fournir aux usagers les prestations du service. Il n'est pas délié de ses obligations, et il ne saurait trouver dans sa prétendue libération le fondement juridique du droit d'imposer aux usagers des tarifs nouveaux.

Tous les efforts accomplis pour justifier l'application immédiate de tarifs majorés aux polices en cours apparaissent donc vains si l'on prétend voir dans ces polices des actes purement contractuels : si l'on entend se fonder sur l'intention présumée des parties, l'on est obligé de donner de cette intention une interprétation fictive aussi

1. Conseil d'Etat, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg c. Ville de Cherbourg*.

éloignée que possible de la réalité. Le caractère impératif des règlements et cahiers des charges ne saurait primer la force obligatoire des contrats. Enfin la prétendue force majeure qui libérerait l'exploitant du service de ses obligations vis-à-vis des usagers et l'autoriserait à imposer à ces derniers des tarifs nouveaux n'a nullement l'effet libératoire qu'on lui attribue et ne porte aucune atteinte aux contrats conclus par le concessionnaire. De quelque côté qu'on se tourne, l'on se heurte ainsi au même obstacle, à la règle fondamentale qu'exprime l'article 1134 du Code civil : « les conventions légalement « formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

B. Deuxième hypothèse : La police n'est pas un acte purement ni même principalement contractuel.

L'obstacle tombe si, comme nous nous sommes efforcé de le démontrer, la police ne s'analyse pas en acte purement ni même principalement contractuel. Sans doute la police comporte-t-elle souvent, presque toujours, s'il s'agit d'un service concédé, des clauses qui tirent toute leur valeur de la convention, mais il s'agit toujours de clauses accessoires, concernant des modalités de détail du fonctionnement du service ou des prestations indépendantes de ce fonctionnement même. L'essentiel de la police est une adhésion aux règlements du service : il y a non accord de deux volontés égales dans un contrat, mais rencontre de deux volontés de nature et de force différentes, l'une s'exprimant en un règlement administratif, l'autre en une manifestation individuelle de la volonté de se soumettre à ce règlement. Dans cette adhésion, alors même qu'il y aurait service concédé, le concessionnaire n'intervient pas d'une manière active : il se borne, par l'apposition de sa signature sur la police, à constater la rencontre de la volonté de l'autorité administrative exprimée dans le règlement et de la volonté de l'usager manifestée dans son adhésion au règlement. En son essence, la police est donc un acte-condition, et c'est sous cet aspect qu'il faut l'envisager pour déterminer si elle peut être affectée par les modifications apportées aux règlements du service.

A vrai dire, la question ne se pose même plus : si la police n'est pas un contrat, si elle est simplement l'occasion, la condition de l'application d'un règlement administratif, ce règlement ne change pas de caractère du fait de l'adhésion qui lui est donnée, il reste susceptible de toutes les modifications que peuvent exiger les nécessités du service, et ces modifications sont immédiatement et intégralement applicables à l'usager. La situation de l'usager est donc la même que celle du fonctionnaire qui n'a aucun droit à la stabilité de son statut et ne peut se plaindre des modifications apportées à ce dernier et à l'organisation du service auquel il collabore. L'usager, comme le fonctionnaire, possède un statut, est soumis à une certaine discipline; sa situation est exclusivement légale et réglementaire, et, par conséquent, doit suivre les modifications apportées aux lois et aux règlements qui la régissent : les augmentations de tarifs ne sont qu'un aspect particulier de ces modifications et n'échappent pas à la règle générale¹.

Nous croyons cependant que ce raisonnement est trop absolu et doit comporter un correctif : il fait complète abstraction en effet de l'adhésion de l'usager, ramenée à la valeur d'un simple fait qui déclenche l'application du règlement sans avoir aucune influence sur cette application. Or il nous paraît impossible de négliger que le service public industriel a pour fin la satisfaction de l'usager, satisfaction qu'exprime précisément la volonté manifestée par ce dernier de bénéficier du service. L'adhésion de l'usager a donc une importance, et même une importance considérable dans la police et dans l'exécution du service : elle est le support même de cette exécution. Si les modifications apportées aux règlements et cahiers des charges sont telles que l'organisation nouvelle n'apparaît plus à l'usager susceptible de lui donner satisfaction, l'on ne saurait imposer à l'usager de continuer à exécuter les engagements qu'il a souscrits en vue d'obtenir, dans des conditions différentes, les prestations du service. L'usager ne saurait

1. En ce sens, Duguît, « De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public », in *Mélanges Hauriou*, p. 253; Decencière-Ferrandière, *De l'effet à l'égard des tiers, des augmentations de tarif dans les concessions de gaz et d'électricité*; V. également les concl. de l'avocat général Larocque, sous Lyon, 25 juillet 1921, *Compagnie du Gaz de Lyon c. Trollet*, *Gaz. jud. et comm. de Lyon*, 31 août 1921.

prétendre au maintien de l'organisation antérieure, mais il peut renoncer au bénéfice du service, il peut demander la résolution de son engagement.

Cette conclusion résulte d'ailleurs logiquement de la nature juridique que nous avons reconnue à l'adhésion donnée par l'usager dans la police. Cette adhésion, envisagée en elle-même, ne diffère pas de la manifestation de volonté de la partie consentant à un contrat; plus exactement elle n'en diffère que par son objet qui est non de faire naître directement des droits et des obligations, mais de provoquer l'application d'un règlement administratif qui comporte de tels droits et obligations. S'il en est bien ainsi, cette adhésion aura la même valeur et la même stabilité que l'engagement pris dans un contrat. Si donc la cause, le motif déterminant de cet engagement, de cette adhésion, se trouve disparaître, l'usager sera fondé à demander la résolution judiciaire de son engagement. Sans doute toute modification apportée aux règlements du service ne saurait-elle avoir un tel effet : il appartiendra au juge d'apprécier si la modification invoquée peut être regardée comme ayant fait disparaître le motif déterminant de l'adhésion de l'usager.

Telles sont les solutions auxquelles conduit, à notre sens, d'une manière certaine, une analyse précise des caractères, juridiques de la police : en tant qu'acte-condition, elle ne saurait faire obstacle à l'application immédiate des modifications apportées aux règlements et cahiers des charges; en tant qu'adhésion, qu'engagement volontaire de l'usager elle est susceptible d'être résiliée à la demande de ce dernier, si la cause de cette adhésion, de cet engagement se trouve disparaître par le fait des modifications intervenues.

§ 2. TRAITÉS PARTICULIERS.

La question de l'application aux usagers titulaires de polices en cours des modifications apportées aux règlements ou cahiers des charges régissant le service public industriel nous paraît donc susceptible d'une solution simple et claire lorsque nous sommes en présence de polices se référant à l'ensemble des dispositions du cahier des charges. Il n'en va plus tout à fait de même pour les usagers soumis

à des traités dérogeant au règlement ou cahier des charges : la question devient alors beaucoup plus complexe, en raison même de la variété des aspects que peuvent prendre de tels traités. Nous croyons nécessaire de distinguer à tout le moins entre les traités qui sont totalement indépendants du cahier des charges et ceux qui, tout en dérogeant à certaines des clauses de ce dernier, restent néanmoins sous sa dépendance pour le surplus des règles d'organisation du service.

A. Traités totalement indépendants du cahier des charges.

La possibilité de traités totalement indépendants des règlements du service ne se conçoit que pour des services concédés. La pratique nous en offre d'assez nombreux exemples : le plus net est celui de la compagnie de distribution d'électricité qui, fonctionnant d'abord sous le régime de la permission de voirie, devient concessionnaire du service et reste tenue d'exécuter les contrats conclus avant la concession; ces contrats échappent évidemment à tous égards à l'emprise du cahier des charges¹. La jurisprudence paraît même admettre qu'une compagnie concessionnaire peut légalement conclure, en cours de concession, de tels contrats avec les usagers²; nous avons à cet égard les doutes les plus sérieux, mais, si la possibilité de tels contrats était reconnue, l'on se trouverait dans la même situation juridique qu'à l'égard de contrats passés antérieurement à la concession. Dans l'un et l'autre cas, les rapports entre le concessionnaire et l'usager sont purement contractuels et sont régis par toutes les règles du droit des contrats. Le cahier des charges ne leur est pas applicable et, par conséquent, les modifications qui lui seraient apportées ne pourraient avoir aucune répercussion sur la situation des usagers; il n'y aurait pas d'exagération à dire que de telles situations sont étrangères au service public lui-même.

1. V. les arrêts cités par Aulagnon, *De la situation juridique des usagers titulaires de polices d'abonnement à l'égard des compagnies concessionnaires d'un service public*, p. 21.

2. Cf. Cass. Civ., 20 fév. 1923, *Grandin c. Société « L'Electrique d'Anjou »*, S. 1923.1.193, avec la note de M. Mestre, D. 1926.1.43.

B. Traités sous la dépendance du cahier des charges.

Dans le cadre même des cahiers des charges peuvent intervenir des traités particuliers comportant, notamment quant aux tarifs, des dérogations à certaines modalités du fonctionnement du service prévues par ces cahiers. La rédaction même des cahiers des charges-types des concessions de distribution d'électricité ouvre la porte à de tels traités : ces cahiers des charges-types ne prévoient en effet que l'établissement d'un tarif maximum, des abaissements pouvant être consentis aux usagers pourvu qu'ils soient accordés à tous ceux qui se trouveront dans des conditions analogues de puissance, d'horaire, d'utilisation, de consommation et de durée d'abonnement. Le tarif maximum est d'ailleurs mal nommé : il faudrait parler de tarif de droit commun, de tarif réglementaire, auquel s'opposeraient les tarifs d'exception, les tarifs contractuels, si tant est que les termes « tarif » et « contrat » ne soient pas antinomiques. Supposons donc un traité particulier conclu à des conditions différentes de celles du règlement ou du cahier des charges, à un tarif inférieur au tarif maximum ou tarif de droit commun : cette situation peut se présenter que le service soit exploité en régie ou en concession. Si des modifications sont apportées au règlement de la régie ou au cahier des charges de la concession, si par exemple le tarif maximum est majoré, qu'en va-t-il résulter pour les usagers soumis au traité particulier tel que nous l'avons défini ?

A cette question la jurisprudence répond de la manière la plus nette que la modification du règlement, l'avenant au cahier des charges ne peuvent avoir aucune répercussion sur les conventions particulières formellement réservées par le règlement ou cahier des charges ; la régie, le concessionnaire, restent tenus d'exécuter le contrat dans ses termes primitifs¹. Cette solution s'explique très simplement dans le système de la Cour de cassation : les modifications envisagées, les augmentations de tarifs ont une valeur réglementaire, impérative, et s'imposent immédia-

1. Cass. Civ., 13 juillet 1925, *Compagnie électrique de la Loire et du Centre et autres c. Société Industrielle Roannaise*, S. 1925.1.294.

tement à tous, mais cela n'est vrai que pour les usagers qui sont soumis aux règlements, aux tarifs ainsi modifiés et non pour ceux que les règlements, les cahiers des charges placent expressément en dehors de leur champ d'application. Ces derniers, échappant à l'emprise des règlements par la volonté formelle de l'autorité réglementaire, ont leur situation exclusivement définie par leurs contrats, lesquels doivent recevoir leur plein et entier effet.

Cette solution nous paraît trop absolue. L'opposition tranchée établie par la Cour de cassation entre la police se référant explicitement ou implicitement au règlement ou cahier des charges et le traité particulier conclu en dehors du cadre de ce règlement ou cahier des charges nous semble contredire les caractères juridiques exacts du traité particulier. Celui-ci n'est pas complètement indépendant du règlement ou cahier des charges, il n'est pas purement contractuel. En premier lieu, il n'y déroge que sur des points particuliers, et tout le surplus des dispositions régissant le service public est applicable à l'usager qui a conclu le traité, et qui devrait donc supporter toutes les modifications apportées à ces dispositions : à l'égard de celles-ci le traité est, comme la police ordinaire, un simple acte-condition. En second lieu, les clauses du traité dérogeant au règlement ou cahier des charges, si elles ont bien un caractère nettement contractuel, ont été consenties par les parties en considération même des dispositions de ce règlement ou de ce cahier des charges : les abaissements de tarifs accordés par l'exploitant du service l'ont été en liaison étroite avec un certain taux du tarif maximum, du tarif normal ; de même il a bien fallu, pour que l'usager, en contre-partie, décharge cet exploitant de certaines obligations, que ces obligations fussent imposées par le règlement ou cahier des charges ; enfin et surtout ces dérogations n'ont été possibles que parce qu'elles étaient autorisées par le règlement ou cahier des charges et dans les limites de cette autorisation. Il paraît quelque peu paradoxal d'admettre que des modifications apportées à ces dispositions qui dominent tout le traité particulier puissent n'avoir sur celui-ci aucune répercussion.

Lorsque nous avons parlé des polices, nous avons admis que l'usager pouvait demander la résiliation de son engagement si les modifications apportées aux règles d'organi-

sation du service, et particulièrement aux tarifs, sont telles qu'elles font disparaître le motif déterminant, la cause juridique de cet engagement, c'est-à-dire sont telles que l'usager ne se fût pas engagé si elles avaient existé à la date de la signature de la police. A l'égard du traité particulier, nous sommes en présence d'une situation du même ordre : ce traité a été conclu dans le cadre des règlements du service, en considération d'un certain état de ces règlements; si les modifications ultérieures de ceux-ci sont d'une telle importance qu'elles font disparaître les éléments qui ont déterminé les parties à conclure le traité, l'exploitant du service comme l'usager sera fondé à demander la résiliation de ce dernier. Il n'en sera pas ainsi bien entendu pour des modifications de détail, pour une légère augmentation des tarifs, mais seulement si les modifications invoquées aboutissent à dénaturer en fait la portée et les effets du traité conclu. Il est donc bien exact de dire, avec la Cour de cassation, que les augmentations de tarifs, comme d'ailleurs toutes les modifications de clauses auxquelles déroge le traité particulier, ne sont pas applicables à l'usager soumis à ce traité. Mais il ne faut pas aller plus loin et dire que l'exploitant du service reste tenu, en tout état de cause, d'exécuter ce traité. Cela n'est vrai, à notre sens, qu'autant que le lien de dépendance nécessaire existant entre le traité et le règlement ou cahier des charges ne fait pas obstacle à cette exécution.

Ainsi, que les rapports de l'usager et du service soient régis par une police ou un traité particulier, toutes les fois qu'il s'agit d'assurer l'exécution d'un service public, l'on ne saurait faire abstraction des modifications qu'entraîne pour les règles d'organisation et de fonctionnement du service la continuité nécessaire de celui-ci. C'est pourquoi l'usager d'un service public, même d'un service public industriel, ne peut jamais se voir appliquer purement et simplement les règles du droit des contrats.

CHAPITRE III

LE CONTENTIEUX DE L'USAGE DU SERVICE

Les droits et les obligations, quels qu'ils soient, se résolvent toujours, dans la pratique, en actions portées devant des juges, actions dont la nature et les effets sont étroitement commandés par les caractères juridiques des droits et obligations dont elles assurent le respect. Or la situation de l'usager du service public industriel nous a paru se ramener aux deux propositions suivantes : d'une part, elle s'analyse en droits et obligations réciproques, en rapports réciproques de créancier à débiteur entre l'usager et l'exploitant du service, régie ou concessionnaire; d'autre part, elle a un fondement essentiellement légal et réglementaire, les droits et obligations de l'usager résultant non d'un contrat mais des dispositions législatives ou réglementaires édictées unilatéralement par l'autorité administrative en vue d'assurer le bon fonctionnement du service. A ce double aspect de la situation de l'usager correspondent deux ordres de voies de droit : les rapports de créancier à débiteur donneront ouverture à des actions en exécution, en résolution, en indemnité, formées par l'usager contre la régie ou le concessionnaire et réciproquement; la violation des lois et règlements régissant le service public soit par d'autres dispositions réglementaires, soit par des actes administratifs individuels, donnera ouverture contre ces derniers, et dans des conditions à déterminer, au recours pour excès de pouvoir. Ce sont ces deux ordres de voies de droit que nous nous proposons d'étudier, en réservant pour des développements distincts l'examen des recours ouverts, en ce qui concerne l'usage du service, aux groupements d'usagers.

Section I. — Des actions ouvertes à l'usager contre la régie ou le concessionnaire et réciproquement.

S'il est exact, comme nous espérons l'avoir montré, qu'il s'établit entre l'usager, d'une part, la régie ou le concessionnaire, d'autre part, des rapports réciproques de créancier à débiteur, l'examen des actions sanctionnant ces rapports risque de nous entraîner à passer en revue toutes les voies de droit ouvertes par les principes généraux du droit des obligations. Telle n'est certes pas notre intention. Nous nous proposons simplement de dégager les particularités de ces voies de droit tenant à la nature spéciale des rapports de l'usager et du service public industriel, c'est-à-dire, en définitive, les répercussions du caractère légal et réglementaire de la situation de l'usager sur les actions ouvertes à ce dernier. Nous serons ainsi conduit à examiner successivement les caractères et le fondement des actions ouvertes à l'usager, la juridiction compétente pour en connaître, et les pouvoirs de cette juridiction au regard des règlements régissant le service.

§ 1. CARACTÈRES ET FONDEMENT DES ACTIONS OUVERTES A L'USAGER.

Des rapports de créancier à débiteur donnent essentiellement naissance d'une part à des actions tendant à obtenir l'exécution des obligations, d'autre part à des actions tendant à réparer directement les conséquences de l'inexécution de ces obligations, actions qui comportent principalement l'action en résolution ou en résiliation et l'action en indemnité. L'existence et les caractères de ces différentes actions dans les rapports entre l'usager et l'exploitant, régie ou concessionnaire, du service public industriel n'ont pas besoin d'être expliqués si l'on reconnaît à ces rapports un caractère contractuel : les unes et les autres trouveront leur fondement dans les dispositions du Code civil qui règlent les conditions d'exécution des contrats et les conséquences de leur inexécution, prévoient la possibilité de leur résolution et posent les principes qui président à la responsabilité contractuelle. La possibilité et la portée de telles actions apparaissent, au premier

abord, beaucoup moins nettement si les droits et obligations de l'usager et de l'exploitant du service ont un fondement légal ou réglementaire, étant entendu que nous faisons abstraction des clauses de caractère contractuel qui peuvent figurer dans les polices.

Que des obligations légales donnent ouverture à une *action en exécution*, c'est ce que nous croyons avoir suffisamment démontré à propos du droit de l'usager au service. La situation n'est pas différente lorsqu'il est intervenu entre l'usager et la régie ou le concessionnaire une police ou tout autre acte juridique fixant les modalités de l'application à l'intéressé du statut réglementaire du service.

Mais l'*action en résolution* n'implique-t-elle pas des obligations contractuelles corrélatives, un contrat synallagmatique? C'est bien ainsi que paraît l'entendre l'article 1184 du Code civil, mais il nous semble que le Code en l'occurrence se borne à faire dans un cas particulier l'application du principe, beaucoup plus général, que tout engagement souscrit dans un but déterminé doit être résolu lorsque ce but, pour une raison quelconque, n'est plus atteint ou cesse de pouvoir être atteint. Ainsi qu'on l'a fait remarquer¹, l'action en résolution est une manifestation de la cause juridique de l'obligation, cause qui doit être définie, d'après la jurisprudence même, comme le motif déterminant de cette obligation. S'il en est bien ainsi, l'engagement pris par l'usager dans son adhésion aux règlements du service, alors même qu'il présente un caractère plus ou moins unilatéral, doit pouvoir faire l'objet d'une action en résolution dans les mêmes conditions qu'un engagement contractuel. Mais il y a plus : la loi et les règlements peuvent parfaitement créer entre les droits et les obligations qu'ils font naître une corrélation comparable à celle existant entre les obligations nées du contrat synallagmatique; tel est le cas précisément des obligations incombant à l'usager et à l'exploitant du service public industriel en vertu des règlements régissant ce service. Pourquoi cette corrélation légale n'entraînerait-elle pas les mêmes effets qu'une corrélation contractuelle, exception *non adimpleti contractus*, action en résolution?

1. Capitant, *De la cause dans les obligations*, 2^e éd., p. 321 et s.

Beaucoup plus délicate est la question du fondement de l'action en indemnité ouverte à l'usager contre la régie ou le concessionnaire (et réciproquement) en cas d'inexécution de leurs obligations légales. Il est généralement admis en effet que la responsabilité contractuelle est soumise à des règles propres, différentes de celles de la responsabilité délictuelle, en particulier en ce que l'inexécution d'une obligation contractuelle fait présumer la faute du contractant « toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution « provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée » (art. 1147 C. civ.), alors que la mise en jeu de la responsabilité délictuelle implique la preuve par le demandeur de la faute du prétendu responsable. Or si les rapports entre l'usager et le service public industriel n'ont pas un caractère contractuel, si l'exploitant du service assume non des obligations contractuelles mais des obligations légales, la responsabilité qui lui incombe peut-elle être autre chose qu'une responsabilité délictuelle, subordonnée à la preuve de la faute?

S'il en était ainsi, la conception que nous défendons marquerait un recul sur les solutions consacrées par la jurisprudence et qui, fondées sur l'idée d'une responsabilité contractuelle, sont du point de vue social incontestablement préférables. Rien ne le montre mieux que l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation qui, à propos du transport de personnes, après avoir pendant longtemps maintenu le principe d'une responsabilité délictuelle du transporteur impliquant la preuve de la faute de ce dernier, admet aujourd'hui que le transporteur est contractuellement responsable, du seul fait de l'inexécution de l'obligation, que lui impose le contrat de transport, de mener le voyageur sain et sauf à destination¹. Si le fondement légal et non plus contractuel des obligations de l'exploitant du service, et particulièrement de la Compagnie de chemins de fer, devait conduire à exiger de l'usager, exerçant une action en indemnité contre l'exploitant du service, la preuve de la faute de ce dernier, notre thèse

¹ Cass. Civ., 21 nov. 1911, *Compagnie générale transatlantique c. Zbidi Hemida ben Mahmoud*, S. 1912.1.73, avec la note de M. Lyon-Caen; 27 janvier 1913, *Chemin de fer du Midi c. Mestelon*, S. 1913.1.177, avec la note de M. Lyon-Caen.

devrait être abandonnée comme ne correspondant pas aux réalités sociales.

Mais nous ne croyons pas qu'il y ait là une conséquence nécessaire du caractère légal des obligations incombant à l'exploitant du service. Sans doute admet-on généralement que la sanction de l'inexécution d'une obligation légale se trouve dans l'application des articles 1382 et suivants du Code civil¹. Mais, à notre sens, cette proposition n'est pas exacte : il n'est nullement nécessaire de faire rentrer la responsabilité de l'exploitant du service public industriel dans le cadre de la responsabilité contractuelle ou de la responsabilité délictuelle, de chercher dans l'article 1147 ou dans l'article 1382 du Code civil le fondement de cette responsabilité. Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, article 1147 et article 1382, ne sont en effet que deux applications particulières, dans les cas les plus importants en pratique, d'un principe beaucoup plus large, de l'obligation générale incombant à chacun de réparer le préjudice subi par l'inexécution d'une obligation, quel que soit le fondement de celle-ci, qu'elle ait sa source dans un contrat ou dans la loi. C'est l'inexécution de l'obligation qui est à l'origine de la responsabilité, et si les modalités de la mise en jeu de cette responsabilité varient suivant les cas, cela tient à la différence pouvant exister entre le contenu des obligations : s'il s'agit d'une obligation contractuelle, le contrat détermine de quoi les parties sont tenues, et l'inexécution par celles-ci de leurs engagements entraîne *ipso facto* leur responsabilité ; la responsabilité délictuelle n'est que la traduction de l'obligation légale de ne pas causer par sa faute un préjudice à autrui ; à côté de cette obligation légale négative de caractère général, il existe tout un ensemble d'obligations légales positives particulières, dont l'inexécution, par elle-même et sans qu'il soit besoin ni de faire appel à l'article 1382 du Code civil ni d'exiger une faute, engage la responsabilité de celui qui en était tenu : tel est précisément le cas des obligations légales existant dans les rapports entre l'usager et l'exploitant du service public industriel.

A ces différents points de vue la distinction entre le fonde-

1. Cf. notamment Planiol, Ripert et Esmein, *Les Obligations*, n° 12.

ment contractuel et le fondement légal ou réglementaire de la situation de l'usager apparaît dépourvue de conséquences pratiques. Quel que soit en effet ce fondement, les actions ouvertes à l'usager ou à son encontre sont les mêmes et présentent les mêmes caractères, car ces actions sanctionnent en réalité toutes les obligations ayant un même contenu, sans qu'il y ait lieu de s'attacher à la nature juridique, à la source de ces obligations.

§ 2. DE LA JURIDICTION COMPÉTENTE POUR CONNAÎTRE DES RAPPORTS ENTRE L'USAGER ET LE SERVICE PUBLIC INDUSTRIEL.

La juridiction compétente pour connaître des actions auxquelles peuvent donner naissance les droits et obligations réciproques de l'usager et de l'exploitant du service public industriel est déterminée par les deux propositions suivantes :

1^o Les litiges entre l'usager et l'exploitant du service relèvent de l'autorité judiciaire et non de la juridiction administrative.

2^o Dans le cadre des tribunaux de l'ordre judiciaire, ces litiges relèvent des juridictions commerciales.

A. Les litiges entre l'usager et l'exploitant du service relèvent de l'autorité judiciaire

C'est aujourd'hui un principe admis en jurisprudence d'une manière constante que les litiges concernant les droits et obligations réciproques de l'usager et de l'exploitant du service ressortissent aux tribunaux de l'ordre judiciaire. Mais si le principe est certain, son fondement et, par suite, les conséquences que l'on en tire varient. Il est possible de trouver, dans les très nombreux arrêts intervenus sur la question, trois explications de la compétence judiciaire, se rattachant l'une au caractère juridique de la redevance, la seconde à l'existence d'un contrat de droit privé entre l'exploitant et l'usager, la troisième à la nature des droits et obligations en litige, envisagés en faisant abstraction de toute notion de contrat.

1. Compétence judiciaire justifiée par le caractère juridique de la redevance.

Les décisions tant du Conseil d'Etat que de la Cour de cassation se fondent fréquemment, pour justifier la compétence de l'autorité judiciaire en la matière, sur le caractère de taxes assimilées aux contributions indirectes présenté par les redevances perçues au profit du service public industriel¹. A la vérité les décisions intervenues concernent presque exclusivement l'application des tarifs de chemins de fer : le même principe a été cependant, au moins dans un cas, appliqué à un service de distribution d'eau². Mais il ne semble pas que l'on ait jamais cherché à l'étendre aux redevances perçues au profit de services de distribution de gaz ou d'électricité. La situation de l'usager ne pouvant guère être regardée comme différente suivant l'objet du service industriel en cause, l'explication proposée de la compétence judiciaire paraît dès l'abord peu satisfaisante.

D'ailleurs nous avons vu que si les taxes perçues par le service public industriel peuvent être assimilées à des contributions indirectes lorsqu'elles comprennent un élément ayant le caractère d'un péage, d'un droit de voirie, il n'est nullement certain qu'il doive en être de même dans le cas contraire. Et il n'est certes pas d'une bonne méthode de fonder une solution d'ordre général, une attribution de compétence sur une base dont l'exactitude juridique est au moins douteuse.

Au surplus fonder sur le caractère de contributions indirectes des redevances la compétence de l'autorité judiciaire dans les rapports entre l'exploitant du service industriel et l'usager, c'est faire de cette compétence une règle exceptionnelle, résultant de textes qui dérogent au droit commun. En effet, malgré les efforts accomplis pour justifier rationnellement la compétence judiciaire en matière de contributions indirectes³, il paraît aujourd'hui certain qu'il s'agit

1. V. notamment, Conseil d'Etat sur conflit, 17 avril 1866, *Chemin de fer de Paris à Lyon*, Rec., p. 381; Conseil d'Etat, 17 janvier 1867, *Chemin de fer de Paris à Lyon*, Rec., p. 87; 15 février 1884, *Jurie et Courtet c. Compagnie des tramways de Bordeaux*, Rec., p. 140; Cass. Civ., 5 nov. 1923, *Daléas c. Ville de Toulouse*, S. 1924.1.127.

2. Cass. Civ., 5 nov. 1923, *Daléas c. Ville de Toulouse*, S. 1924.1.127.

3. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., t. I, p. 691,

là d'une compétence d'attribution, dont le fondement se trouve non dans des principes généraux mais dans un texte spécial, l'article 2 de la loi des 7-11 septembre 1790¹. S'il en est bien ainsi, la portée de cette compétence doit être limitée strictement aux cas prévus par la loi, sans qu'il soit possible de l'étendre par analogie. D'autre part et surtout, à cette règle exceptionnelle de compétence sont liées des règles exceptionnelles de procédure : les contestations en matière de contributions indirectes sont jugées, suivant une procédure simplifiée, par le tribunal civil statuant en premier et dernier ressort. Ces règles exceptionnelles devraient donc logiquement être appliquées aux litiges entre les usagers et les services publics industriels². Qui ne voit les inconvénients d'une telle manière de faire ? La procédure simplifiée prévue en matière de contributions indirectes s'explique parce qu'il s'agit du contentieux d'un impôt, d'un contentieux très spécial, portant sur une créance unilatérale de l'administration à l'encontre du contribuable, et pour lequel des solutions expéditives sont nécessaires. Les rapports du service public industriel et de l'usager sont tout différents : ils comportent au profit et à la charge de l'une et l'autre parties des droits et des obligations ; il ne s'agit plus de faire rentrer dans les caisses du Trésor le montant d'une créance d'impôt mais de déterminer à quoi sont tenus réciproquement l'exploitant d'un service public et ceux qui usent de ce service. Pourquoi priver ces plaideurs des garanties de la justice ordinaire et notamment du double degré de juridiction ?

En résumé nous ne croyons pas que l'assimilation à une contribution indirecte de la redevance perçue au profit du service public industriel, en admettant que cette assimilation soit exacte, constitue un fondement satisfaisant à l'attribution aux tribunaux de l'ordre judiciaire de la connaissance des litiges entre l'exploitant du service et l'usager.

1. V. Jèze, *Principes généraux du Droit administratif*, 3^e éd., t. III, p. 356.

2. Cass. Civ., 5 nov. 1923, *Daléas c. Ville de Toulouse*, S. 1924.1.127.

2. Compétence judiciaire justifiée par l'existence entre l'exploitant du service et l'usager d'un contrat de droit privé.

D'une manière générale, lorsqu'il s'agit de services publics de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité, la jurisprudence, pour justifier la compétence de l'autorité judiciaire dans les rapports avec les usagers, se fonde sur les principes généraux du droit, sur la nature juridique de ces rapports. Si, comme on l'admet le plus souvent, ces rapports sont essentiellement contractuels, la détermination de la juridiction compétente dépendra du caractère administratif ou privé des contrats conclus.

Doivent être regardés comme des contrats administratifs, en règle générale, ceux qui ou bien associent un particulier à l'exécution d'un service public ou bien contiennent des clauses exorbitantes du droit commun, des clauses qui ne trouvent pas normalement place dans une convention privée; les contrats du premier type contenant toujours en fait des clauses de cette nature, c'est en définitive l'existence de telles clauses qui est le critérium du contrat administratif.

L'on a parfois soutenu que les contrats liant les usagers au service public industriel sont des contrats administratifs parce qu'ils sont des moyens d'exécution, des moyens de gestion du service; ils sont étroitement liés à la marche de celui-ci et dominés par la régularité nécessaire de cette marche. Aussi en conclut-on logiquement que, sauf texte contraire, les litiges nés de tels contrats ressortissent à la compétence de la juridiction administrative¹. Peut-être est-ce là l'explication de la jurisprudence qui maintient le principe de la compétence administrative dans les rapports entre le service des Postes et ses usagers.

Mais c'est en général à la solution contraire que la doctrine comme les tribunaux ont été conduits par l'analyse des contrats, ou prétendus tels, conclus entre les services publics industriels et leurs usagers. En premier lieu, si la

1. En ce sens, pour les « petits contrats » ou « contrats de guichet » (contrats de transport avec les services de chemins de fer ou le service des postes, etc), Hauriou, note sous *Conflicts*, 17 juin 1899, *Préfet du Rhône c. Mey*, S. 1900.3.81.

conclusion et l'exécution de ces contrats constituent bien l'accomplissement même du service public, l'usager contractant n'est nullement associé à la gestion de ce service : il n'est, comme on l'a dit, qu'un bénéficiaire passif de l'organisation publique¹. En second lieu, si contrats il y a, ces contrats ne paraissent contenir aucune clause exorbitante du droit commun, aucune sujétion particulière qui ne pourrait figurer dans une convention privée. Il ne semble y avoir aucune différence de nature entre ces contrats et ceux passés par un particulier avec une entreprise purement privée pour obtenir des prestations du même ordre. C'est bien ce qu'affirme constamment la jurisprudence sans d'ailleurs s'appuyer sur des motifs bien précis².

Ce laconisme des motifs, ces affirmations pures et simples recouvrent peut-être le désir de masquer les difficultés incontestables auxquelles se heurte la conception proposée. Si l'on va au fond des choses, est-il bien exact de dire que le contrat intervenu entre l'usager et le service public industriel est en tout comparable à un contrat de droit privé ? La possibilité pour le maître du service de modifier à tout moment les règles de fonctionnement du service n'est-elle pas la marque d'un pouvoir exorbitant du droit commun qui donnerait au contrat un caractère administratif ? Une police d'abonnement à un service de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité diffère, au moins à cet égard, des autres modalités du contrat d'adhésion dans lesquelles il est impossible de trouver rien de comparable. En présence d'une telle situation, il est permis d'hésiter sur l'exactitude de l'argumentation proposée.

1. Mestre, note sous Civ., 22 nov. 1927, *Delprat et autres c. Préfet d'Oran*, S. 1928.1.201.

2. Cass. Civ., 14 avril 1885, *Société lyonnaise des eaux et de l'éclairage c. Douine et fils et autres*, S. 1886.1.63 : « Les polices d'abonnement au gaz » constituent un contrat distinct, indépendant, en ce qu'il a essentiellement « pour but d'établir un lien d'obligations réciproques entre la compagnie » et ses abonnés et elles ont, par cela même, le caractère d'un contrat d'ordre « civil et d'intérêt purement privé » ; Req., 19 janv. 1885, *Compagnie française d'irrigation du canal des Alpines c. Comte de l'Etang, Pavade et Grognard*, S. 1886.1.104 ; Civ., 12 fév. 1923, *Département de l'Allier c. Compagnie générale française et continentale d'éclairage par le Gaz*, D. 1926.1.52 ; Conflits, 14 mars 1914, *Vianès c. Commune de Sorgues*, Rec., p. 357 : « Les conventions » par lesquelles les communes consentent des concessions d'eau à des particuliers constituent des contrats de droit commun » ; Conseil d'Etat, 28 juillet 1916, *Société générale du gaz du Midi c. Société « La Chapellerie montilienne »*, Rec., p. 330 ; 20 avril 1923, *Commune du Boucau c. Société hydro-électrique des Basses-Pyrénées*, Rec., p. 341 ; 6 mai 1931, *Tondut*, S. 1931.3.81 (et la note).

3. Compétence judiciaire justifiée par la nature des droits et obligations réciproques de l'usager et de l'exploitant du service.

D'ailleurs le caractère contractuel des rapports entre l'usager et le service public industriel est au moins contestable. Une analyse objective de ces rapports nous a conduit à penser que l'usager se trouvait dans une situation légale et réglementaire, exclusivement définie par les règlements du service auxquels l'usager se borne à adhérer. Les relations entre l'usager et le service ont ainsi leur source dans deux actes juridiques distincts : d'une part l'adhésion, qui est un engagement de pur droit privé, et dont le contentieux est nécessairement judiciaire, d'autre part le règlement. Rechercher quel est le juge compétent pour connaître des litiges entre l'usager et l'exploitant du service, abstraction faite de ceux auxquels peut donner lieu l'adhésion envisagée en elle-même, c'est donc rechercher quel est le juge qualifié pour connaître de l'application du règlement. L'on voit ainsi que la détermination de la juridiction compétente est indépendante de la forme dans laquelle s'organisent les rapports entre l'usager et le service, de l'existence ou de l'absence d'un contrat de droit privé régissant ces rapports, elle résulte exclusivement du caractère des droits et obligations que le règlement du service fait naître au profit et à la charge de l'un et de l'autre.

Or ces droits et ces obligations impliquent-ils pour l'usager des sujétions exceptionnelles, diffèrent-ils sensiblement quant à leur contenu de ceux que comporterait le fonctionnement d'une entreprise privée? Il ne le semble pas. L'élément proprement administratif de la situation de l'usager réside en ce que cette situation est définie par un règlement établi unilatéralement par voie d'autorité. Mais le contenu du règlement, les droits et obligations qui en naissent n'ont rien d'exorbitant du droit commun. L'usager est dans une situation réglementaire de droit privé et cela suffit pour que le contentieux des litiges nés de cette situation ressortisse aux tribunaux de l'ordre judiciaire.

Il n'est d'ailleurs pas impossible de trouver en jurisprudence des décisions qui paraissent s'inspirer de ces idées. D'assez nombreux arrêts affirment la compétence de l'autorité

judiciaire, sans faire appel ni au caractère de contribution indirecte de la redevance ni à l'existence d'un contrat de droit privé, et se bornent à relever que le litige sur lequel ils statuent concerne « des intérêts privés » ou encore « des opérations de gestion privée de services ayant un « caractère commercial¹ ». Mais, et ceci nous intéresse bien davantage, il y a des hypothèses où il est impossible de trouver les éléments d'un contrat de droit privé et où néanmoins la jurisprudence maintient le principe de la compétence judiciaire : le cas le plus net est celui d'une expédition effectuée par chemin de fer en vertu d'un traité administratif par un service public à destination d'un autre service public. Un service relevant du ministère de la Guerre expédie du pétrole et de l'essence à un service relevant de l'administration des Régions libérées, dans les formes prévues par le traité Cotelle du 12 juin 1898 (ordres de transports militaires), lequel est incontestablement un marché administratif. S'il est certain que les litiges entre l'expéditeur et le transporteur ressortissent par suite à la juridiction administrative, en va-t-il de même des litiges entre le transporteur et le destinataire? L'affirmative ne peut guère faire de doute si la compétence se détermine par la nature du contrat intervenu : il n'y a eu qu'un contrat conclu, et c'est un contrat administratif. Or le Conseil d'Etat a décidé que dans les rapports entre le transporteur et le destinataire « rien ne fait obstacle à la compétence de « l'autorité judiciaire, dans les conditions du droit commun². » Comment justifier cette solution? Nous ne voyons qu'une explication possible : le marché administratif ne fait naître d'obligations qu'entre le service public expéditeur et le transporteur, il est sans effet dans les rapports entre le transporteur et le destinataire; plus exactement il joue à l'égard de ces rapports le rôle du simple fait, de l'acte-condition, qui déclenche l'application des règlements du service. Les droits et obligations du transporteur et du destinataire sont déterminés exclusivement par ces règle-

1. Conseil d'Etat, 14 nov. 1879, *Compagnie du gaz d'Arles*, Rec., p. 681; Cass. Req., 6 juillet 1904, *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord c. Caron*, D. 1906.1.346; Montpellier, 29 décembre 1930, *Compagnie du gaz pour la France et l'étranger c. Brunel*, S. 1931.2.70, D. H. 1931, p. 140.

2. Conseil d'Etat, 8 avril 1927, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, Rec., p. 478. S. 1927.3.89, avec la note de M. Hauriou.

ments, et si l'autorité judiciaire est compétente pour en connaître, « dans les conditions du droit commun », c'est qu'il s'agit là de droits et d'obligations purement civils par leur nature même.

Ainsi se trouve précisée la portée exacte du principe que nous posons au début de cette étude et d'après lequel le service public industriel ou commercial se caractérise principalement parce qu'il se comporte, dans ses rapports avec les usagers, sensiblement comme un entrepreneur ordinaire; ceci ne signifie pas que, dans leur forme, ces rapports s'établissent comme entre une entreprise privée et ses clients, mais que, dans leur contenu, les droits et obligations réciproques du service public et des usagers sont du même ordre que les droits et obligations réciproques de l'entreprise privée et de ses clients. Fondée sur ce principe général, la compétence judiciaire s'appliquera à l'ensemble des rapports entre l'usager et le service, même seraient-ils extérieurs au prétendu contrat que l'on veut voir intervenir entre ces derniers. Elle s'étend aussi bien à la sanction du droit au service, dès avant la conclusion de ce prétendu contrat, qu'à l'ensemble des litiges pouvant naître au cours des relations juridiques auxquelles donne lieu le fonctionnement du service. Et cette compétence ne saurait être affectée par les modalités de la gestion du service : que celui-ci soit exploité en régie ou en concession, la règle est toujours la même.

B. Les litiges entre l'usager et l'exploitant du service relèvent des juridictions commerciales.

Etant admis que les litiges entre l'usager et l'exploitant du service public industriel ressortissent à l'autorité judiciaire, à quelles juridictions de l'ordre judiciaire ces litiges devront-ils être soumis? aux tribunaux civils, juridictions de droit commun, ou aux juridictions commerciales? A cette question la jurisprudence ne fournit pas une réponse nette et uniforme, et des distinctions sont nécessaires. D'après les principes généraux de notre droit commercial, les tribunaux de commerce — et les tribunaux civils statuant commercialement — connaissent des contestations relatives aux actes de commerce. Mais un même acte peut ou non

avoir un caractère commercial suivant qu'il se rattache à l'exercice d'une activité qui constitue ou non une profession de commerçant. Pour déterminer si les litiges entre l'usager et le service public industriel ressortissent aux juridictions commerciales, il faut rechercher d'une part si le service public industriel accomplit dans ses rapports avec l'usager des actes de commerce par leur nature, d'autre part si l'exploitant peut être regardé comme un commerçant.

I. Le service public industriel et commercial accomplit-il des actes de commerce ?

Il paraît évidemment paradoxal de se demander si un service public industriel et commercial accomplit des actes de commerce. L'affirmative résulte en effet de sa définition même, le service public industriel et commercial exerçant, par hypothèse, une activité commerciale. D'après l'article 632 du Code de commerce, la loi répute acte de commerce toute entreprise de transport par terre ou par eau, de même que toute entreprise de fournitures. Ces termes paraissent bien englober tous les objets des services publics qui nous occupent, transports, distributions d'eau, de gaz et d'électricité. Mais une difficulté s'est élevée pour les services de distribution d'eau : en effet, d'après la jurisprudence, une entreprise de fournitures n'est commerciale que si le fournisseur doit se procurer à titre onéreux, soit en les acquérant, soit en les fabriquant, les choses qu'il s'engage à fournir. Si donc le service de distribution d'eau se procure gratuitement l'eau qu'il distribue, il n'est pas une entreprise de fournitures et ne fait pas acte de commerce¹. Il n'est pas besoin de souligner combien est fâcheuse une telle solution, que n'impose nullement la lettre de la loi, et qui conduit à reconnaître un caractère juridique différent à des services fonctionnant dans les mêmes conditions et de tous points semblables. Aussi bien, puisque l'énumération des articles 632 et 633 du Code de commerce est aujourd'hui regardée comme n'étant pas strictement limitative, ne serait-il pas possible d'étendre par analogie le caractère d'actes de commerce aux entreprises de distribution d'eau ?

1. Cass. Civ., 26 fév. 1878, *Compagnie générale des Eaux c. Thébaux et autres*, S. 1880.1.167.

La question a perdu, d'ailleurs, la plus grande partie de son intérêt pratique, du fait que, dans le silence de la loi, la jurisprudence a admis le caractère commercial des entreprises de constructions terrestres au nombre desquelles figurent les entreprises de travaux publics. Tout service de distribution d'eau impliquant l'exécution de tels travaux, son activité sera de ce fait regardée comme commerciale¹.

2. L'exploitant du service industriel et commercial est-il un commerçant ?

Il ne suffit pas pour que les juridictions commerciales soient compétentes sur les litiges entre l'usager et l'exploitant du service public industriel que l'activité de ce service soit par nature commerciale. En effet la jurisprudence paraît admettre qu'un acte commercial perd ce caractère lorsqu'il est accompli par un non-commerçant dans l'exercice de son activité normale². Si donc le service public industriel n'apparaît, de la part de l'exploitant, que comme un aspect d'une activité plus large dépourvue de caractère commercial, les juridictions commerciales n'ont plus qualité pour connaître des litiges nés du fonctionnement de ce service. Il est donc nécessaire de rechercher si l'exploitant du service, envisagé en lui-même, est ou non commerçant.

La question ne se pose pas si le service est exploité en concession. Le concessionnaire est toujours incontestablement un commerçant car son activité se confond avec la gestion même du service public industriel.

Il n'en va plus de même lorsque le service est exploité en régie. La collectivité administrative, envisagée dans son ensemble, n'est certainement pas un commerçant. Est-il donc possible d'isoler de son activité générale le service public industriel qu'elle gère pour y voir une entreprise commerciale ? Ou au contraire ce service public, créé et fonctionnant dans un but d'intérêt collectif, ne doit-il pas être intégré dans l'activité générale, non commerciale,

1. Cass. Civ., 3 février 1902; *Berry c. Beldani*, S. 1902.1.72.

2. Agen, 23 déc. 1921, *Duchamps*, S. 1922.2.41, avec la note de M. Rousseau; Trib. comm. Pontoise, 7 nov. 1922, *Richebois*, S. 1924.2.2; Cass. Civ., 22 juillet 1924, *L'Etat c. Achard*, S. 1925.1.295.

de la collectivité administrative? La jurisprudence, sur cette question, fournit des indications contradictoires. De nombreuses décisions ont affirmé le caractère commercial de l'activité de l'Administration des chemins de fer de l'Etat¹. De même, une commune qui exploite un service de distribution de gaz ou d'électricité est, de ce chef, imposable à la contribution des patentes², et, si cette solution n'implique pas nécessairement la qualité de commerçant de la commune, elle suppose tout au moins que la gestion par elle du service industriel doit être envisagée indépendamment de l'ensemble de son activité. Par contre, d'autres arrêts, non moins formels, ont décidé que « l'Etat à raison de l'intérêt général » qui s'attache à ses entreprises, quelle qu'en soit la nature, « ne saurait être considéré comme un commerçant ou un » industriel », et que, par suite, les conseils de prud'hommes, compétents seulement pour statuer sur les différends s'élevant à l'occasion du contrat de louage d'ouvrage « dans le commerce et l'industrie », ne peuvent connaître des litiges entre l'Etat et le personnel ouvrier d'un service public industriel³. Cette solution conduirait évidemment, par identité de motifs, à exclure la compétence des juridictions commerciales pour tous les litiges intéressant les services publics industriels exploités en régie.

Mais nous croyons des plus contestables la jurisprudence qui s'est établie eu sujet de la compétence du conseil des prud'hommes. En premier lieu, toutes les fois que le service public industriel est exploité par une régie dotée de la personnalité civile et dont cette gestion est l'objet exclusif, — c'est le cas pour les chemins de fer de l'Etat — il

1. Conflits, 22 juin 1889, *Vergnioux*, D. 1891.2.1, avec les concl. de M. Marguerie; Cass. Req., 8 juillet 1889, *Chemins de fer de l'Etat c. Société d'imprimerie Paul Dupont*, D. 1889.1.353, avec le rapport de M. Féraud-Giraud, où l'on lit notamment : « Si l'Etat se fait commissionnaire de transports, actionné en cette qualité, c'est en cette qualité qu'il doit paraître » en justice comme demandeur ou défendeur »; Civ., 18 nov. 1895, *Pierre c. Chemins de fer de l'Etat*, D. 1898.1.497, S. 1898.1.385, avec la note de M. Chavegrin; Crim., 8 février 1901, *Min. Publ. c. Adm. des Chemins de fer de l'Etat*, D. 1901.1.425; Poitiers, 23 juillet 1894, *Chemins de fer de l'Etat c. Augereau et Mocquais*, D. 1898.1.496 (en sous-note).

2. Conseil d'Etat, 19 mai 1882, *Commune d'Oyonnax*, Rec., p. 507; 8 mars 1895, *Commune de Sainte-Maxime*, Rec., p. 228; 7 déc. 1895, *Min. des Finances c. Ville de Saint-Tropez*, Rec., 810; 6 avril 1900, *Commune de Saint-Léonard*, Rec., p. 280; 3 février 1911, *Commune du Mesle-sur-Sarthe*, Rec., p. 137, avec les concl. de M. Blum.

3. Cass. Civ., 18 mai 1908, *Valette*, S. 1909.1.193, avec la note de M. Naquet; Trib. Seine, 29 janv. 1921, *Chemins de fer de l'Etat c. Demoiselle Chrétienne*, S. 1921.2.110.

nous paraît impossible de nier que cette régie ait la qualité de commerçant. En second lieu et surtout, il nous paraît d'une mauvaise méthode, pour exclure la compétence commerciale, de faire valoir que les services publics industriels, comme tous les services publics, sont créés et fonctionnent dans un but d'intérêt général, car une telle considération, poussée jusqu'au bout de ses conséquences logiques, conduirait à exclure en la matière non seulement la compétence commerciale mais encore la compétence civile et à renvoyer à la juridiction administrative tous les litiges nés du fonctionnement de ces services.

En réalité, la compétence de la juridiction commerciale nous paraît résulter de l'intention même poursuivie par la collectivité administrative en organisant le service public industriel. Cette collectivité a voulu créer un service indépendant dans les modalités de sa gestion de l'ensemble de son activité, elle a voulu en faire un organisme soumis à des règles propres, aussi voisines que possible du droit privé, elle a voulu faire œuvre commerciale, elle s'est intentionnellement faite commerçante. Le service public industriel doit donc bien être envisagé isolément et en faisant abstraction des préoccupations d'intérêt général qui ont motivé sa création : il constitue, en raison même de son organisation, une entreprise commerciale, et la collectivité administrative, dans sa gestion, doit être regardée comme un commerçant. Cette solution a, d'ailleurs, l'avantage de conduire à l'adoption de règles uniformes de compétence pour les services exploités en régie et pour les services concédés.

Si ces principes sont exacts, la juridiction compétente *ratione materiae* pour connaître des litiges envisagés sera déterminée d'après les règles suivantes : si l'usager est lui-même un commerçant, la juridiction commerciale sera seule compétente; si l'usager n'est pas commerçant, les actions dirigées contre lui par l'exploitant du service devront toujours être portées devant la juridiction civile, mais les actions formées par l'usager contre l'exploitant du service pourront, au gré du demandeur, être portées devant la juridiction civile ou devant la juridiction commerciale.

§ 3. DE L'APPRÉCIATION PAR LES TRIBUNAUX JUDICIAIRES DU SENS ET DE LA VALIDITÉ DES RÈGLEMENTS ET CAHIERS DES CHARGES RÉGISSANT LE SERVICE PUBLIC INDUSTRIEL.

Les droits et obligations réciproques de l'usager et de l'exploitant du service public industriel étant essentiellement définis par les règlements et cahiers des charges qui régissent le service, les litiges concernant ces droits et obligations se ramèneront en pratique à l'application de dispositions déterminées de tels règlements et cahiers des charges, application qui pourra comporter une appréciation soit du sens, soit de la légalité de ces dispositions. Les tribunaux judiciaires peuvent-ils se livrer à cette appréciation? Il est nécessaire de distinguer à cet égard l'interprétation du règlement ou cahier des charges, c'est-à-dire l'appréciation de son sens, d'une part, le contrôle de sa légalité, d'autre part.

A. De l'interprétation des règlements et cahiers des charges par l'autorité judiciaire.

Dans le dernier état de la jurisprudence, les tribunaux de l'ordre judiciaire ont qualité pour interpréter le sens des règlements dont l'application leur est demandée : ils ne peuvent par contre se livrer à une telle interprétation à l'égard d'actes administratifs ne présentant pas un caractère réglementaire, par exemple à l'égard de décisions administratives individuelles ou d'actes contractuels. Quelles conséquences convient-il de tirer de ces principes dans la matière qui nous occupe?

Si nous sommes en présence d'un service exploité en régie, il ne paraît guère y avoir de difficultés. Le règlement de la régie, dans sa forme comme dans son contenu, est un acte administratif réglementaire; pour reprendre les termes de la décision du Tribunal des Conflits qui a posé les règles définitives applicables en ce domaine, ce règlement « participe du caractère de l'acte législatif puisqu'il contient des « dispositions d'ordre général et réglementaire », et, « à ce dernier titre, les tribunaux judiciaires chargés de l'appliquer sont compétents pour en fixer le sens, s'il se pré-

« sente une difficulté d'interprétation au cours d'un litige
« dont ils sont compétemment saisis¹ ».

La jurisprudence refuse au contraire aux tribunaux de l'ordre judiciaire le pouvoir d'interpréter le cahier des charges d'une concession : dans le cas où une telle interprétation est nécessaire à la solution d'un litige dont ils sont saisis, ils doivent surseoir à statuer et renvoyer les parties à se pourvoir devant le juge du contrat de concession². Mais il n'en va ainsi bien entendu que s'il se pose une véritable difficulté d'interprétation : les tribunaux de l'ordre judiciaire peuvent et doivent appliquer les clauses claires et précises des cahiers des charges ; et la Cour de cassation se réserve un contrôle sur l'appréciation de ce caractère des clauses³. On applique ainsi toutes les règles valables en cas de question préjudicielle : le cahier des charges est considéré non comme un règlement mais comme un acte administratif contractuel.

Les développements antérieurs consacrés au caractère juridique du cahier des charges montrent combien cette conception est, à notre sens, erronée. Le cahier des charges, dans toutes celles de ses dispositions qui intéressent l'organisation et le fonctionnement du service, est un règlement administratif unilatéral, qu'il appartient donc aux tribunaux judiciaires d'interpréter à l'occasion des litiges dont ils sont saisis. Pour faire prévaloir une solution contraire, il faut attacher une importance excessive à la forme dans laquelle est pris ce règlement ; cette jurisprudence trouve son fondement dans une véritable hypnose de la forme et rien ne le montre mieux que la solution admise à l'égard des tarifs de chemins de fer : les tribunaux judiciaires se reconnaissent d'une manière constante le pouvoir d'interpréter ces tarifs parce que, tout en ayant quant au fond un caractère aussi contractuel que le cahier des charges lui-même, ils présentent dans la forme l'aspect d'un acte

1. Conflits, 16 juin 1923, *Septfonds c. Chemin de fer du Midi*, Rec., p. 498, D. 1924.3.41, avec la note et les concl. de M. Matter, S. 1923.3.49 avec la note de M. Hauriou.

2. Jurisprudence constante. V. notamment, Cass. Civ., 28 juin 1922, *Société nantaise d'éclairage et de force par l'électricité c. Préaubert* ; 10 juillet 1922, *Société du gaz de Paris c. Rey* ; 28 juin 1923, *Andrieu c. Feydel*, D. 1926.1.179 ; 27 nov. 1929, *Veuve Vasseur c. Société d'éclairage et d'énergie La Béthunoise*, S. 1930.1.91.

3. V. les arrêts cités à la note précédente.

administratif unilatéral, émanant de la seule administration¹. Il est impossible, à notre avis, de justifier logiquement l'opposition existant entre ces différentes solutions².

A peine est-il besoin de souligner en outre les inconvénients pratiques que présente le refus par les tribunaux de l'ordre judiciaire d'interpréter les cahiers des charges : l'utilisateur ne peut pas, en effet, n'étant pas partie au contrat de concession, en demander directement l'interprétation au juge administratif; il ne pourra le faire en principe que sur renvoi du juge judiciaire³. D'autre part et surtout, l'on aboutit à créer ainsi des différences inadmissibles entre l'utilisateur d'un service exploité en régie et celui d'un service concédé. Le premier obtiendra directement et facilement justice, le second au contraire devra engager des procédures longues, compliquées et coûteuses. Nous ne saurions trop répéter que le mode d'exploitation d'un service public industriel ne saurait avoir aucune répercussion sur la situation de l'utilisateur, la régie et le concessionnaire étant soumis rigoureusement aux mêmes règles, exploitant suivant les mêmes méthodes et suivant les mêmes formules juridiques. Aussi doit-on reconnaître aux tribunaux de l'ordre judiciaire le pouvoir d'interpréter les cahiers des charges des services concédés dans les mêmes conditions que les règlements des régies et les tarifs de chemins de fer.

1. Cass. Civ., 26 août 1874, *Chemins de fer des Dombes c. Chemins de fer du Rhône*, S. 1874.1.490.

2. Le Conseil d'Etat fonde le pouvoir d'appréciation des tribunaux judiciaires à l'égard des tarifs de chemins de fer et tramways sur le caractère d'impôts indirects des taxes établies par ces tarifs et sur la compétence générale appartenant, pour l'application de tels impôts, à ces tribunaux, en vertu des lois des 7-11 septembre 1790 et 5 ventôse an XII (Conseil d'Etat, 15 février 1884, *Jurie et Courlet c. Compagnie des tramways de Bordeaux*, Rec., p. 140). Mais la Cour de cassation ne fait pas état de cette considération qui conduirait d'ailleurs à reconnaître aux tribunaux judiciaires l'appréciation non seulement du sens mais aussi de la légalité des tarifs.

3. Conseil d'Etat, 28 juillet 1916, *Société générale du gaz du Midi c. Société « La Chapellerie Montilienne »*, Rec., p. 330; 20 avril 1923, *Commune du Boucau c. Société hydro-électrique des Basses-Pyrénées*, Rec., p. 341; 3 avril 1925, *Ville de Mascara*, Rec., p. 382. Cette jurisprudence devrait logiquement être abandonnée depuis que l'on admet les usagers du service concédé, en tant que bénéficiaires d'une stipulation pour autrui, à faire valoir devant le juge du contrat de concession les droits qu'ils tiennent du cahier des charges (Conseil d'Etat, 29 octobre 1926, *Gay*, Rec., p. 910; 22 juillet 1927, *Syndicat des employés et contremaîtres des secteurs électriques de la Seine*, Rec., p. 826).

B. Du contrôle par l'autorité judiciaire de la légalité des règlements et cahiers des charges et des actes pris pour leur application.

La reconnaissance à l'autorité judiciaire du pouvoir d'interpréter les règlements et cahiers des charges laisse entière la question du contrôle de la légalité de ces différents actes comme des mesures prises pour leur application. Sans doute le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire domine-t-il la question de l'interprétation comme celle du contrôle de la légalité et sur un point au moins fournit une solution commune : à l'égard des actes administratifs individuels, l'autorité judiciaire ne dispose ni d'un pouvoir d'interprétation ni d'un contrôle de légalité. Si donc le cahier des charges d'un service concédé est regardé comme un acte contractuel, c'est-à-dire comme un acte individuel par opposition aux actes réglementaires, il échappe, au même titre que les mesures individuelles d'application, tant à l'interprétation qu'au contrôle des tribunaux de l'ordre judiciaire. Mais vis-à-vis d'actes réglementaires — et tel est à notre sens le caractère tant des cahiers des charges des services concédés que des règlements des régies — le principe de la séparation des autorités ne conduit pas nécessairement aux mêmes conséquences pour l'interprétation et pour le contrôle de la légalité. A la vérité, l'on a fait valoir qu'en interprétant une disposition réglementaire, le juge collabore plus directement à l'œuvre administrative que par l'examen de la légalité¹. Mais cette thèse nous paraît quelque peu paradoxale : ce qu'interdit en effet aux juges judiciaires le principe de la séparation des autorités, c'est de faire obstacle à un titre quelconque à l'exécution d'une décision administrative ; or le juge ne fait rien de tel en s'efforçant de dégager les intentions de l'administration pour s'y conformer dans l'application de l'acte administratif qui lui est demandée. Si cependant on lui refuse le pouvoir d'interpréter un acte

1. Mestre, « Recherches sur l'exception d'illégalité » in *Mélanges Hauriou*, p. 570, n. 1 : « L'interprétation consiste à pénétrer la pensée de l'administrateur et à la formuler clairement. Par l'examen de la légalité, le juge constate seulement du dehors que les dispositions d'un règlement se trouvent en contradiction avec un texte de loi. L'immixtion dans l'opération administrative semble donc mieux caractérisée dans le cas d'interprétation que dans l'examen de la légalité... »

administratif individuel, c'est que cet acte a pu être inspiré de considérations d'opportunité propres au cas particulier envisagé, et dont l'appréciation exigerait de la part du juge une immixtion excessive dans l'administration elle-même. Le règlement, au contraire, dispose par voie générale, son interprétation ne diffère pas de celle de la loi, et, en y procédant, le juge ne s'immisce pas plus dans l'administration qu'il ne s'immisce dans l'exercice du pouvoir législatif en déterminant le sens d'une loi qu'il a mission d'appliquer. Refuser d'appliquer un règlement parce qu'illégal, ce serait, par contre, faire obstacle à l'exécution de l'acte administratif : il y a là certainement une mesure beaucoup plus grave que la simple interprétation.

Les tribunaux de l'ordre judiciaire ont-ils donc, en France, le pouvoir d'apprécier la légalité des règlements administratifs dont l'application leur est demandée, ont-ils le pouvoir de refuser d'appliquer des règlements illégaux ? Nous ne saurions avoir la prétention de reprendre dans son ensemble l'examen de cette question sur laquelle l'on a tant écrit¹. Nous nous contenterons d'indiquer l'évolution générale de la jurisprudence en la matière et les solutions qu'elle fournit actuellement. Historiquement, il semble bien que le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, conçu essentiellement dans un but de limitation des pouvoirs de l'autorité judiciaire, ait dû, dans la pensée de ses auteurs, faire obstacle à tout contrôle des tribunaux sur les actes de l'administration. En fait, le Tribunal de cassation, devenu bientôt la Cour de cassation, refusa d'abord de reconnaître aux tribunaux tout pouvoir d'appréciation de la validité des règlements administratifs. Mais une tendance contraire se manifesta et se développa dans la jurisprudence à partir de 1810 dans des décisions concernant des règlements de police municipale. De cette tendance, deux explications ont été fournies à l'époque, l'une rattachant le contrôle des tribunaux aux principes généraux du droit, l'autre y voyant une dérogation à ces principes, dérogation exceptionnelle due à des circonstances historiques spéciales. La première explication fut proposée par le procureur général Merlin, qui posa en règle que les tribunaux

1. V. Mestre, « Recherches sur l'exception d'illégalité », in *Mélanges Hauriou*.

ne doivent et ne peuvent avoir égard à un règlement administratif qu'autant qu'il est conforme à la loi. Refuser d'appliquer un règlement illégal « ce n'est pas entraver l'exécution de cet arrêté, c'est seulement ne pas l'aider... Un administrateur ne peut et ne doit recourir aux tribunaux que pour réclamer d'eux l'exercice des droits que la loi lui a attribuée, et les tribunaux ne peuvent seconder l'action administrative que dans l'exercice de ces droits ». C'est donc affirmer, d'une manière générale, que le principe de la séparation des autorités ne fait pas obstacle au contrôle par les tribunaux de la légalité des règlements administratifs. En sens contraire se prononce très nettement le président Henrion de Pansey¹. Pour lui le contrôle reconnu sur la légalité des règlements de police aux juges judiciaires a son origine dans une circonstance purement historique qui explique la dérogation ainsi apportée au principe de la séparation des autorités. D'après la loi des 16-24 août 1790, c'étaient les officiers municipaux qui étaient juges de simple police; la partie réglementaire et la partie contentieuse de leurs attributions étaient par suite enfermées dans les mêmes bornes : « il serait trop déraisonnable de penser que les officiers municipaux auraient le droit d'infliger des peines pour contraventions à des règlements qu'ils n'auraient pas eu le droit de faire ». Les juges de paix substitués par la Constitution de l'An 3 aux officiers municipaux dans l'exercice du contentieux de la police municipale, ont conservé le même pouvoir : « cette substitution n'a rien changé à la compétence et la partie réglementaire et la partie contentieuse de cette espèce de police sont demeurées ce qu'elles étaient avant cette innovation; et ainsi dans l'exercice du contentieux, les juges de paix ne peuvent que ce qui était permis aux officiers municipaux; ce qui nous conduit à cette conséquence nécessaire que les juges de paix ne sont compétents pour connaître des infractions aux règlements de police que dans le seul cas où ces règlements statuent sur des objets que les lois ont placés dans les attributions de la police municipale ». Ainsi le contrôle ouvert au juge judiciaire sur la légalité du règlement de police trouverait son origine dans une dis-

1. Henrion de Pansey, *Du pouvoir municipal*, p. 185 et s.

position spéciale de la Constitution de l'An 3 et serait limité à un contrôle de la compétence.

De ces deux doctrines, il semble bien que celle du président Henrion de Pansey fût plus conforme à l'esprit des textes révolutionnaires. Toujours est-il que la loi du 28 avril 1832, en ajoutant à l'article 471 du Code pénal le § 15 qui frappe d'une amende de 1 à 5 francs « ceux qui auront contre-« venu aux règlements légalement faits par l'autorité admi-« nistrative », et en consacrant le principe du contrôle par le juge de la légalité du règlement de police municipale, ne permet pas de décider si ce contrôle a un caractère exceptionnel ou est l'application d'un principe général. Les deux thèses se sont constamment affrontées depuis le début du XIX^e siècle. La Cour de cassation, précisant peu à peu sa jurisprudence, s'est reconnue les pouvoirs les plus étendus dans le contrôle de la légalité des règlements administratifs, que ce soit en matière civile ou en matière pénale, et ses arrêts ne laissent pas de doute sur la portée générale qu'elle donne à ce contrôle, où elle voit l'exercice normal de l'autorité judiciaire¹. Par contre le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits n'ont cessé de poser le principe contraire: en 1853 le Conseil d'Etat, statuant sur conflit, refuse aux tribunaux de l'ordre judiciaire le contrôle de la légalité des tarifs de chemins de fer²; en 1880, le Tribunal des Conflits affirme que le § 15 de l'article 471 du Code pénal consacre « une exception formelle au principe de la sépa-« ration des pouvoirs³ »; enfin, en 1923, le Tribunal des Conflits, reprenant pour la réfuter l'argumentation même sur laquelle se fondaient les arrêts de la Cour de Cassation, consacre de la manière la plus nette l'impossibilité pour le juge judiciaire d'exercer, en l'absence d'un texte formel l'y autorisant, aucun contrôle sur la validité des règlements administratifs⁴. En présence de cette dernière décision, nous considérons la jurisprudence ainsi établie comme

1. V. notamment, Cass. Civ., 24 oct. 1917, *Guillou c. Préfet de la Seine*, S. 1918-1919.1.193, avec la note de M. Duguit; 9 nov. 1921, *Semichon c. Chemins de fer de l'Etat*, S. 1922.1.241, avec la note de M. Duguit.

2. Conseil d'Etat sur Conflit, 21 avril 1853, *Dupont c. Compagnie de l'Ouest*, Rec., p. 485.

3. Conflits, 4 nov. 1880, *Marquigny et autres*, Rec., p. 785, S. 1881.3.81.

4. Conflits, 16 juin 1923, *Septfonds c. Chemin de fer du Midi*, Rec., p. 498, D. 1924.3.41, avec la note et les concl. de M. Matter, S. 1923.3.49, avec la note de M. Hauriou.

définitive : les tribunaux de l'ordre judiciaire n'ont pas, en règle générale, le pouvoir d'apprécier le contrôle de la légalité des règlements administratifs.

Mais, ceci posé, il reste à déterminer quelle attitude doit prendre le juge judiciaire devant lequel est invoquée, par voie d'exception, l'illégalité d'un règlement administratif. Il est nécessaire, à cet égard, de faire une distinction essentielle suivant les moyens d'illégalité présentés. Si ces moyens intéressent l'existence même du règlement, si ce qui est allégué, c'est l'absence totale de règlement, le juge doit statuer sur l'exception soulevée, car il ne saurait appliquer qu'un règlement existant en fait. Sans doute est-il parfois difficile de faire le départ entre l'inexistence et la simple illégalité d'un acte juridique. Mais l'inexistence ne doit pas être regardée comme une illégalité d'une particulière gravité, elle est d'une autre nature : pour prendre un cas extrême, un décret ne portant pas la signature du Président de la République est autre chose qu'un décret illégal, il n'existe pas comme décret. L'existence du règlement doit également s'apprécier au regard des conditions auxquelles est subordonnée l'entrée en vigueur de ce règlement; le juge ne sera donc tenu d'appliquer que les règlements ayant fait l'objet d'une publication les rendant exécutoires, dans les termes prévus par la loi. Telle est la portée qu'il convient de reconnaître aux arrêts par lesquels la Cour de cassation s'est reconnu le pouvoir d'apprécier si les tarifs de chemins de fer ont été publiés et homologués dans les conditions fixées par les textes¹.

Si les moyens invoqués devant le juge judiciaire intéressent non l'existence mais simplement la légalité du règlement — il en va de même d'ailleurs pour un acte administratif individuel — le juge doit se conformer à toutes les règles applicables en cas de question préjudicielle. Si la légalité de l'acte dont l'application est demandée est certaine, manifeste, s'il n'y a pas véritablement question, le juge doit passer outre à l'exception soulevée et statuer. Si au contraire un doute peut exister sur la légalité de l'acte administratif, si l'exception est sérieuse, le juge doit surseoir à statuer et

1. Cass. Civ., 31 déc. 1866, *Chemin de fer du Midi c. Pauilhac*, S. 1867, 1.34; 11 déc. 1906, *Aulagnon et Cie c. Chemin de fer P. L. M.*, S. 1910.1.147.

renvoyer les parties à se pourvoir devant la juridiction administrative compétente pour décider si l'acte dont il s'agit est ou non légal. En pareil cas, il importe d'y insister, le juge est obligé de surseoir à statuer, il ne pourrait ni statuer sur la légalité de l'acte administratif ni appliquer purement et simplement cet acte en passant outre à l'exception soulevée. Dans deux arrêts, cependant, la Cour de cassation a estimé que les tribunaux de l'ordre judiciaire devaient, en dépit de l'exception soulevée, appliquer l'acte administratif dont l'illégalité était invoquée sans surseoir à statuer¹. Ces arrêts, qu'il est impossible, à notre sens, de justifier en droit, nous paraissent reposer en fait sur une confusion. Ils relèvent, en effet, que les dispositions de l'acte administratif qu'il s'agit d'appliquer sont claires et précises et ne prêtent à aucune ambiguïté. S'ils ont entendu par là décider qu'il n'y avait pas question préjudicielle, c'est une erreur de droit incontestable, car l'exception soulevée intéressait non le sens mais la légalité de l'acte et, pour l'écarter, il aurait fallu pouvoir dire que cette légalité était certaine, ce qui ne paraît pas avoir été le cas ni dans l'une ni dans l'autre espèces.

*
* * *

Ainsi se trouvent précisés les principes qui régissent les actions ouvertes à l'usager du service public industriel dans l'exercice des droits qu'il tient des règlements du service. Bien que la situation de cet usager nous soit apparue comme essentiellement réglementaire, comme définie et dominée par des règlements administratifs, le contentieux de l'usage du service est un contentieux judiciaire, parce que les rapports entre l'usager et l'exploitant du service s'organisent sur le plan du droit privé. Le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire vient simplement limiter, dans les conditions qui ont été indiquées, les pouvoirs du juge judiciaire dans l'appréciation du sens et de la légalité des règlements dont l'application lui est demandée.

1. Cass. Civ., 23 mai 1905, *Compagnie générale parisienne de tramways c. Adenis*, S. 1907.I.185, avec la note de M. Chassaing; 10 février 1932, *Société Nord-Lumière c. Beaudoin*, S. 1932.I.143.

Section II. — Du recours pour excès de pouvoir

Les actions ouvertes à l'usager du service public industriel devant l'autorité judiciaire lui permettent de faire valoir l'ensemble des droits dont il dispose à l'égard de l'exploitant de ce service. Elles garantissent entièrement le respect de sa situation individuelle d'usager et ne laissent place, par conséquent, à cet égard, à aucune autre voie de droit. L'usager ne pourrait certainement former un recours pour excès de pouvoir contre une décision individuelle contestant son droit à telle ou telle prestation déterminée : il lui appartient en effet de demander à l'autorité judiciaire de consacrer l'existence de ce droit et d'en tirer toutes les conséquences quant aux condamnations à prononcer à son profit. Le recours pour excès de pouvoir se trouve donc exclu du fait de l'existence d'une voie de recours parallèle, donnant à l'intéressé la même satisfaction, ou plutôt une satisfaction plus étendue encore que celle qu'il tirerait du recours pour excès de pouvoir.

Mais ce recours ne reste-t-il pas ouvert à tout le moins contre les règlements du service? La négative a été pendant longtemps admise d'une manière constante et cela pour deux ordres de raisons : en premier lieu, toutes les contestations entre l'usager et l'exploitant du service public industriel se rattachent plus ou moins directement à l'application de la redevance perçue au profit du service, redevance où l'on veut voir un impôt indirect; l'autorité judiciaire, juge du contentieux de tels impôts, est compétente pour connaître de la légalité de tous les actes administratifs se rattachant à leur perception, et le recours pour excès de pouvoir, en raison de son caractère subsidiaire, se trouverait par suite non recevable contre de tels actes. En second lieu, l'usager, vis-à-vis de l'exploitant du service, apparaît, d'après la plupart des arrêts, comme dans une situation contractuelle : tous ses droits et toutes ses obligations résultent du contrat qui le lie, sans qu'il y ait lieu d'avoir égard aux règlements qui peuvent régir le service; au regard des usagers ces règlements n'ont pas de valeur en dehors du contrat, dont le contentieux relève de la compétence judiciaire; l'usager, formant un recours pour excès de pouvoir, apparaîtrait ou bien comme se préva-

lant de clauses contractuelles ou bien comme voulant faire tomber des dispositions qui font partie intégrante de son contrat : dans l'un et l'autre cas, le recours ne saurait être recevable. Telles sont les considérations que l'on retrouve, plus ou moins explicites, dans les nombreux arrêts qui, jusqu'à une époque récente, déclaraient toujours non recevables les recours formés par les usagers¹.

Il est nécessaire de remarquer que les deux motifs donnés par la jurisprudence n'ont pas la même portée. Le premier, tiré du caractère de la redevance perçue au profit du service public industriel, a une portée très générale : tout acte se rattachant au fonctionnement d'un tel service a un lien plus ou moins direct avec la perception de la redevance et échappe donc, par sa nature même, quel que soit le requérant, au recours pour ~~excès~~ de pouvoir. Au contraire le motif tiré de l'existence d'un contrat entre l'usager et le service ne peut être opposé qu'au requérant lié par un tel contrat. L'usager éventuel du service, qui n'a pas encore demandé à en bénéficier, pourrait, lui, former un recours pour excès de pouvoir contre un règlement du service, mais l'intervention du contrat, ou prétendu tel, qui lui assurerait le service des prestations, modifierait sa situation et lui fermerait le recours.

L'évolution de la jurisprudence a conduit à l'élimination des deux motifs de déclarer non recevable le recours pour excès de pouvoir de l'usager. Tout d'abord la fin de non-recevoir tirée du recours parallèle n'est plus opposée que si le requérant dispose devant une autre juridiction d'un recours susceptible de lui donner la même satisfaction que le recours pour excès de pouvoir : l'existence d'une exception d'illégalité, permettant simplement d'écarter dans un cas particulier l'application du règlement administratif, ne fait plus obstacle au recours pour excès de pouvoir qui tend à l'annulation *erga omnes* de ce règlement. Par suite le pouvoir reconnu aux tribunaux judiciaires d'apprécier, à l'occasion des litiges dont ils sont saisis, la légalité des règlements concernant l'établissement des impôts indirects, ne rend pas irrecevable le recours pour excès de pouvoir contre ces règle-

1. V. notamment Conseil d'Etat, 5 février 1886, *Bernard Escoffier*, Rec., p. 107; 23 juin 1911, *Larnaudie et Union des Propriétaires de la Haute-Garonne*, Rec., p. 712.

ments¹. D'autre part, le contrat, en admettant qu'il y ait contrat, qui intervient entre l'usager et le service public industriel, ne saurait modifier la situation de l'usager au regard des règlements du service, lesquels préexistent au prétendu contrat et subsistent en dehors de lui. L'usager conserve le même intérêt à en demander l'annulation, car il est soumis à toutes leurs dispositions et subit le contrecoup des modifications qui leur sont apportées; ne disposant, par ailleurs, d'aucune autre voie de droit lui permettant d'obtenir le même résultat, il est recevable à former contre ces règlements le recours pour excès de pouvoir². *A fortiori* doit-on admettre cette recevabilité si, comme nous le croyons, il n'intervient en général aucun contrat véritable entre l'usager et le service, si l'usager actuel comme l'usager éventuel est dans une situation purement réglementaire.

Quel sens exact doit-on reconnaître, dans notre conception, à la formule, fréquente dans les arrêts du Conseil d'Etat, d'après laquelle l'usager n'est pas recevable à faire valoir, par la voie du recours pour excès de pouvoir, qu'un règlement porte atteinte aux droits qu'il tient de son contrat³? Le sens, à notre avis, en est très clair: comme tout individu se trouvant dans une situation réglementaire, l'usager ne tire de la loi aucun droit au maintien des règlements qui fixent son statut; ces règlements peuvent être modifiés à tout moment, et l'usager ne saurait trouver dans la circonstance qu'une disposition nouvelle modifie un règlement antérieur un moyen d'illégalité susceptible de fonder un recours pour excès de pouvoir contre cette disposition. Il appartiendra seulement à l'autorité judiciaire d'apprécier si la modification intervenue est telle que, comme nous l'avons vu, elle justifie la résolution de l'engagement de l'usager.

Ces principes posés, et l'ouverture du recours pour excès de pouvoir étant reconnue, nous ne pouvons que nous réjouir, pour le surplus, à ce qui a été dit antérieurement

1. V. notamment Conseil d'Etat, 21 mai 1920, *Horvilleur et autres*, Rec., p. 527; 13 mai 1921, *Société des pompes funèbres générales*, Rec., p. 482.

2. Conseil d'Etat, 12 déc. 1913, *Syndicat des distillateurs et parfumeurs de Grasse, Tombarel, Sozio et autres*, Rec., p. 1231, S. 1920.3.58; 6 août 1924, *Carteau*, Rec., p. 800; 8 nov., 1929, *Godfrin*, Rec., p. 971; 14 février 1930, *Compagnie du Chemin de fer de la Turbie*, Rec., p. 183 (*a contrario*).

3. Conseil d'Etat, 6 août 1924, *Carteau*, Rec., p. 800; 8 nov., 1929, *Godfrin*, Rec., p. 971.

de ce recours, en tant que dirigé contre des règlements régissant le service public industriel. Qu'il soit formé en effet par un usager éventuel ou par un usager actuel, le recours pour excès de pouvoir conserve les mêmes caractères et les mêmes effets. Sa recevabilité, quant aux actes susceptibles d'être attaqués, est soumise aux mêmes règles, et les pouvoirs du Conseil d'Etat obéissent aux mêmes principes, en particulier dans le cas de recours fondé sur la violation d'un cahier des charges. Ce qu'il importe seulement de souligner, c'est le peu d'importance pratique du recours pour excès de pouvoir en cette matière, puisqu'il n'est ouvert que contre des actes réglementaires et n'intervient à aucun titre dans les rapports journaliers entre le service public industriel et l'usager.

Section III.— Des recours ouverts aux groupements d'usagers.

Dans les développements qui précèdent, concernant le contentieux de l'usage du service, nous avons fait abstraction du rôle que peuvent jouer dans ce contentieux les groupements d'usagers, sous quelque forme qu'ils se présentent, sociétés civiles, syndicats professionnels, associations de la loi du 1^{er} juillet 1901. C'est là cependant un aspect de la question qui ne saurait être négligé, en présence de l'importance croissante prise par ces groupements. La jurisprudence tant du Conseil d'Etat que des tribunaux judiciaires offre des exemples de plus en plus nombreux d'actions en justice exercées par de tels groupements. Quel est donc le caractère de ces actions? Quels sont les recours ouverts aux groupements d'usagers?

La réponse à ces questions est dominée par le rôle que l'on reconnaît aux groupements dans notre droit : s'ils interviennent simplement au nom de leurs membres, pour la défense des intérêts de ces derniers, l'action qu'ils exercent se confond avec celles qui appartiennent à leurs membres, l'action sociale n'est que la somme des actions individuelles; si au contraire les groupements envisagés ont pour rôle de défendre un intérêt collectif propre, distinct des intérêts individuels de leurs membres, l'action sociale se distinguera des actions individuelles et s'opposera à elles tant dans ses

conditions de recevabilité que dans ses effets. Or à la question du rôle juridique des différents groupements prévus par notre droit, la jurisprudence ne fournit pas jusqu'à présent de réponse générale certaine : nous distinguerons avec elle les syndicats professionnels, d'une part, les autres groupements, d'autre part.

La jurisprudence, tant administrative que judiciaire, admet aujourd'hui de la manière la plus nette l'autonomie de l'action syndicale : le syndicat professionnel intervient pour la défense des intérêts de la profession, qui sont distincts des intérêts individuels de ses membres. C'est ce qui ressort des arrêts, précédemment rapportés, par lesquels le Conseil d'Etat statue sur des recours pour excès de pouvoir formés par de tels syndicats. C'est également ce qu'affirme, depuis 1913, la Cour de cassation¹. Aucun doute d'ailleurs ne peut plus exister à cet égard après les précisions apportées par la loi du 12 mars 1920 au texte primitif de la loi du 21 mars 1884. Quelles conséquences en résulte-t-il quant aux actions ouvertes à un groupement d'usagers constitué sous la forme d'un syndicat professionnel ? Ce syndicat, en général, aura été constitué dans un but plus large que la défense de l'intérêt collectif qui s'attache à l'usage du service public industriel par ses membres, dans un but de protection de l'ensemble des intérêts de la profession exercée par ses adhérents. Il ne pourra donc intervenir dans l'usage de service que dans la mesure où la profession elle-même qu'il représente aura été lésée : un préjudice subi dans ses rapports avec le service public par un de ses membres pris comme individu et abstraction faite de sa profession ne l'autoriserait pas à exercer une action quelconque contre l'exploitant du service. A l'inverse, il n'est pas nécessaire, pour que le syndicat soit autorisé à ester en justice, que l'un de ses membres ait subi un préjudice susceptible de fonder une action individuelle : l'action syndicale peut être ouverte en l'absence de toute action individuelle.

Mais à quoi peut tendre l'action exercée par un syndicat

1. Cass. Réun., 5 avril 1913, *Perreau c. Syndicat national de défense de la viticulture française*; Civ., 28 nov. 1916, *Syndicat du Haut-Médoc c. Ségol*; 5 nov. 1918, *Syndicat de l'industrie textile rémoise c. de Juigny*, S. 1920.1.49, avec la note de M. Mestre et le rapport de M. Falcimaigne dans la première affaire.

professionnel ? Si nous faisons abstraction du recours pour excès de pouvoir, dont nous avons déjà parlé, il semble bien que le syndicat ne puisse former contre l'exploitant du service qu'une action en indemnité fondée sur un délit ou sur un quasi-délit. En effet, que l'on envisage la situation de l'usager comme contractuelle ou comme réglementaire, l'exploitant du service n'assume d'obligations en vertu soit du contrat soit des règlements que vis-à-vis des usagers eux-mêmes. Le syndicat, dont les intérêts sont distincts de ceux de ses membres, ne pourrait donc exercer contre l'exploitant du service une action en exécution des prestations auxquelles il est tenu, mais seulement une action en indemnité fondée sur le préjudice causé à la profession par l'inexécution des obligations prévues. Tel paraît bien avoir été le caractère de l'action syndicale dans les cas où la Cour de cassation l'a admise en notre matière¹, telle également semble avoir été la doctrine consacrée par le Conseil d'Etat lorsqu'il a décidé qu'un syndicat, sans pouvoir se prévaloir de l'inexécution d'un contrat auquel il n'était pas partie, était néanmoins recevable à intervenir à l'action en exécution de ce contrat formée par l'un de ses membres².

La situation est beaucoup moins nette à l'égard des autres groupements. Nous ne nous attarderons pas sur le cas de la société civile dont il nous paraît difficile de distinguer les intérêts de ceux de ses membres et où nous serions disposés à voir le mandataire général de ceux-ci pour tout ce qui touche au but en vue duquel elle a été constituée³. C'est pour les associations de la loi du 1^{er} juillet 1901 que la question présente le plus de difficultés : doit-on à leur égard appliquer les mêmes principes qu'à l'égard des syndicats professionnels, la distinction de l'intérêt collectif et des intérêts individuels, ou bien convient-il d'appliquer des règles différentes et, dans ce cas, lesquelles ?

1. V. notamment Cass. Req., 1^{er} mai 1924, *Gaz. du Palais*, 1924.2.154. La portée exacte de cet arrêt n'est cependant pas parfaitement nette.

2. Conseil d'Etat, 22 juillet 1927, *Syndicat des employés et contremaîtres des secteurs électriques de la Seine*, Rec., p. 826. Il faut cependant remarquer que, dans cette espèce, l'action délictuelle eût normalement échappé à la compétence du juge du contrat.

3. V. un intéressant exemple d'action exercée contre un concessionnaire de distribution d'électricité, à raison de l'insuffisance de l'éclairage fourni, par une société civile constituée entre usagers : Cass. Req., 25 avril 1910, *Société d'énergie électrique d'Aubenas c. Syndicat des abonnés d'Aubenas*, S. 1913.1.481, avec la note de M. Gaudemet.

Le Conseil d'Etat assimile totalement et d'une manière constante, quant à l'exercice de l'action en justice, l'association au syndicat. Les formules qu'il emploie pour statuer sur la recevabilité des recours pour excès de pouvoir sont identiques, qu'il s'agisse de recours formés par des groupements de l'un ou l'autre types, et il ne nous paraît pas douteux qu'il en serait de même à l'égard d'actions dirigées contre l'exploitant du service et tendant soit à l'exécution de ses obligations soit à une indemnité. La Cour de cassation paraît bien au contraire soumettre l'exercice des actions des associations à des règles différentes de celles admises pour les actions syndicales. Elle a affirmé ainsi, dans un arrêt célèbre, qu'une association professionnelle « ne « représente pas de plein droit les intérêts de ceux qui « en font partie¹ ». Une association professionnelle ayant évidemment pour but la défense d'intérêts professionnels, n'est-ce pas dénier à l'association l'existence d'un intérêt collectif propre, distinct des intérêts individuels de ses membres, et qu'elle aurait mission de défendre?

Tel est bien le sens général de la doctrine à laquelle cet arrêt de la Cour de cassation a conduit de nombreux civilistes². D'après ces auteurs, l'action sociale n'est autre chose que l'action individuelle exercée socialement. Le seul intérêt de la constitution de l'association, quant à l'exercice de l'action en justice, c'est que la personnalité morale de celle-ci empêche qu'on lui oppose la règle « nul « ne plaide par procureur ». Pour le surplus elle ne peut exercer que les actions individuelles de ses membres, elle n'est en somme qu'un mandataire de ses membres pour l'exercice des actions qui leur appartiennent; toutefois, comme, en lui donnant ce mandat, les membres de l'association ne s'interdisent pas d'exercer les actions individuelles dont ils disposent, l'on est amené à subordonner l'exercice de l'action de l'association aux règles suivantes³ : lorsque tous les associés possédant une action individuelle ont été indemnisés, l'association ne peut plus agir; lorsqu'un associé

1. Cass. Réun., 15 juin 1923, *Cardinal Luçon c. Association fraternelle des instituteurs et institutrices de la Marne et Fédération des amicales des instituteurs et institutrices de France et des Colonies*, S. 1920.1.49, avec la note de M. Chavegrin.

2. Cf. notamment les notes de M. Paul Esmein, S. 1926.2.65, S. 1932.2.177.

3. Esmein, note S. 1932.2.177.

agit en justice, l'association ne peut intervenir à côté de lui si elle ne peut exercer l'action individuelle d'un autre associé; tout associé peut interdire à l'association d'agir pour son compte et se substituer à elle dans l'exercice de l'action introduite; l'indemnité allouée à l'association devra être la somme des indemnités auxquelles auraient droit ses membres individuellement considérés; enfin le jugement intervenu sur l'action de l'association fait obstacle à l'exercice ultérieur par ses membres de leurs actions individuelles. Dans le cadre des rapports entre l'usager et le service public industriel, l'association pourrait ainsi exercer directement contre l'exploitant du service l'action en exécution des obligations qui lui incombent. Si donc, à certains égards, la portée de son intervention se trouve restreinte, à d'autres son action est beaucoup plus efficace que celle d'un syndicat professionnel.

Mais cette conception de l'action sociale est-elle bien celle que consacre la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation? Celle-ci reste malheureusement équivoque et l'arrêt de principe par lequel a été admise l'action en indemnité dirigée par une association d'usagers contre un concessionnaire de distribution d'électricité prête à plusieurs interprétations¹. En faveur du maintien de la

1. Cass. Civ., 25 nov. 1929, *Compagnie générale du gaz pour la France et l'étranger c. Ligue des consommateurs du gaz et de l'électricité*, *Gaz. du Palais*, 1930.1.29, rejetant le pourvoi formé contre Poitiers, 28 déc. 1925, S. 1926.2.65, avec la note de M. Esmein, D. 1927.2.37, avec la note de M. Devaux. Voici le texte complet de l'arrêt de la Cour de cassation : « Attendu « que des motifs de l'arrêt attaqué, il appert que la Ligue des consommateurs du Gaz et de l'Electricité de Poitiers, — association déclarée conformément à l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901, — a pour objet « la défense « des intérêts des consommateurs du gaz et de l'électricité », abonnés de « la Compagnie générale du gaz pour la France et l'étranger; que le but « qu'elle poursuit est licite, et qu'elle est habilitée à ester en justice par application « de l'article 6 de ladite loi, elle est intervenue dans une instance dirigée, « par un de ses adhérents, « La Société des Nouvelles Galeries Parisiennes » « contre la Compagnie du Gaz en paiement de dommages-intérêts à la suite « d'une interruption du courant électrique lumière, survenue, le 15 novembre « 1922, à Poitiers; que la Cour d'appel a déclaré cette intervention recevable, « et, avant faire droit au fond, a ordonné une expertise en vue de déterminer « si l'interruption du courant est imputable à la faute de la Compagnie du Gaz; « Attendu, d'après le pourvoi, que la Ligue des consommateurs du Gaz et « de l'Electricité, qui n'est liée avec la Compagnie du Gaz par aucune police « d'abonnement et ne saurait fonder son action, dérivant d'une faute quasi-délictuelle, que sur un intérêt collectif, ne justifie d'aucun intérêt propre, « le préjudice, retenu par l'arrêt, ayant été causé aux adhérents à titre personnel, et ne pouvant, par suite, servir de fondement à l'action de « la Ligue, personne morale distincte de ses associés; Mais attendu, d'une « part, que l'arrêt attaqué constate que « l'interruption de courant du 15

jurisprudence antérieure, de l'absence de toute action sociale réellement distincte des actions individuelles, l'on peut faire valoir que cet arrêt donne comme portée à la loi du 1^{er} juillet 1901 de permettre aux usagers de « faire collectivement ce que chacun ne pouvait faire auparavant qu'à titre individuel » et qu'il paraît confondre le préjudice subipar l'association avec celui subi par ses membres individuellement considérés : « le préjudice invoqué par l'association est celui-là même qui a été éprouvé par l'ensemble des associés du fait de l'inexécution par la Compagnie du gaz de la police d'abonnement ». Mais, à l'inverse, l'arrêt paraît bien rompre avec la jurisprudence antérieure lorsqu'il affirme que « la Ligue, représentant l'intérêt collectif des membres de l'association, a pu, à bon droit, réclamer, par voie d'intervention, à la Compagnie du Gaz la réparation du préjudice causé collectivement » à ses adhérents. Si l'on ajoute que, d'après les termes mêmes de l'arrêt, chaque adhérent conserve le libre exercice de son action individuelle, et que la Cour de cassation reconnaît, implicitement mais d'une manière suffisamment nette, le caractère quasi-délictuel et non contractuel de la responsabilité de la Compagnie du Gaz à l'égard de l'association, alors que sa responsabilité vis-à-vis des consommateurs serait certainement contractuelle, il semble bien que l'on soit autorisé à voir dans cet arrêt la consé-

« novembre 1922, d'une durée de trente-cinq minutes au moins, a apporté un trouble aux droits des consommateurs dont elle a charge de défendre les intérêts », et qu'ainsi son action « correspond bien au but qui est l'objet de l'association telle qu'elle est définie par la loi du 1^{er} juillet 1901 » ; Attendu, d'autre part, qu'en vertu de cette loi, qui a établi la liberté du contrat d'association, les consommateurs du gaz et de l'électricité peuvent faire collectivement ce que chacun ne pouvait faire auparavant qu'à titre individuel; que l'adhésion à la Ligue n'implique aucune abdication de leur droit, chacun d'eux conservant le libre exercice de son action individuelle; Qu'ainsi, à côté de l'action individuelle exercée par les Nouvelles Galeries Parisiennes, la Ligue, représentant l'intérêt collectif des membres de l'association, a pu, à bon droit, réclamer, par voie d'intervention, à la Compagnie du Gaz la réparation du préjudice causé collectivement aux adhérents par l'interruption du courant du 15 novembre 1922; et que le préjudice invoqué par l'association est celui-là même qui a été éprouvé par l'ensemble des associés du fait de l'inexécution par la Compagnie du Gaz de la police d'abonnement; Qu'en déclarant en conséquence, que la faute de cette Compagnie, au regard de la Ligue des consommateurs se déduira, par le fait même, de la preuve — si elle est établie — de la faute commise par cette Compagnie à l'occasion de l'interruption de courant incriminée, l'arrêt attaqué, abstraction faite de motifs surabondants, a donné une base légale à sa décision et n'a violé aucun des textes visés au moyen; Par ces motifs, Rejette,.... »

cration de l'autonomie de l'action sociale, qui se trouverait ainsi assimilée à l'action syndicale.

Telle est bien, d'ailleurs, à notre avis, la solution qui résulte nécessairement de la reconnaissance à l'association de la personnalité morale. Non que nous croyions à la réalité de la personne morale. Pour nous, la personnalité morale n'est qu'une dénomination particulière donnée à certains sujets de droit, et la notion de sujet de droit n'est elle-même qu'un procédé de technique juridique permettant, comme toutes les notions du même ordre, de représenter sous une forme particulière les rapports sociaux que les règles du Droit s'efforcent de traduire et d'organiser. L'homme est habitué depuis un temps immémorial à parler de ses droits et de ses obligations; il n'y a là qu'une tournure d'esprit, une représentation particulière de la réalité sociale qui traduit, sur le plan de la technique juridique, le réseau extrêmement complexe des relations humaines, l'interdépendance nécessaire de tous les éléments du groupement social. La notion de sujet de droit n'est donc, à nos yeux, qu'un procédé spécial de représentation des choses, et, s'il en est ainsi, la qualité de sujet de droit sera attribuée par le Droit à tous ceux, personnes physiques, groupements, établissements, auxquels il sera socialement utile de l'attribuer. Si donc la loi reconnaît à certains groupements la qualité de sujets de droit, de personnes morales, c'est qu'elle a entendu individualiser l'intérêt ou le groupe d'intérêts que représentent ces groupements, les distinguer de ceux des membres de ces groupements et, en leur reconnaissant une valeur juridique, leur donner le moyen de vivre dans le droit. Les actions en justice exercées par le groupement personne morale tendent donc à la défense des intérêts que représente ce dernier et ne peuvent tendre qu'à cela. Nous estimons ainsi que la reconnaissance par le législateur de la personnalité morale de l'association déclarée ou reconnue d'utilité publique implique nécessairement que le sujet de droit ainsi créé ne peut agir qu'au nom des intérêts propres qu'il représente, individualisés par la volonté même du législateur. C'est là la conséquence non d'une conception philosophique qui verrait dans la personne morale un être réel, doué de vie, de volonté, de pensée, mais de la simple analyse d'une opération juridique précise, l'attribution par le législateur, qualifié pour édicter des règles de

droit positif, de la qualité de sujet de droit à un groupement en tant que représentant certains intérêts socialement dignes de protection juridique.

Nous nous bornerons, sur les caractères de l'action sociale, à ces quelques observations, un examen plus approfondi de cette question excédant le cadre de la présente étude. Il convient seulement d'insister sur l'importance pratique que présente, en tout état de cause, l'ouverture aux groupements d'usagers de certaines voies de droit car, disposant de moyens d'action infiniment plus étendus que les usagers individuellement considérés, ces groupements sont en mesure de jouer un rôle particulièrement efficace non seulement au regard de la défense des intérêts de leurs membres, mais aussi au regard du bon fonctionnement du service public.

CONCLUSION

La situation de l'usager du service public industriel et commercial nous apparaît, aux termes de ces développements, comme dominée par le double aspect, le double caractère du service créé et fonctionnant à son intention, qui est à la fois un service public et un service industriel et commercial.

C'est un service public dont la continuité nécessaire exige qu'il soit régi par un statut légal et réglementaire, susceptible d'une constante adaptation aux circonstances nouvelles : le statut de l'usager, qui n'est qu'un élément du statut du service, sera donc, lui aussi, un statut légal et réglementaire.

C'est un service industriel et commercial, pour la gestion duquel l'administration a entendu renoncer aux prérogatives dont bénéficie normalement le service public afin d'établir entre le service et l'usager des rapports de droits et d'obligations comparables à ceux qui pourraient s'instituer entre une entreprise privée et ses clients : le statut de l'usager sera donc, dans une très large mesure, un statut de droit privé.

Statut légal et réglementaire, statut de droit privé, tels sont à nos yeux les deux propositions qui résument toute la situation de l'usager du service public industriel. C'est parce que sa situation est définie unilatéralement par des dispositions législatives ou réglementaires que l'usager doit supporter toutes les modifications apportées à son statut dans l'intérêt du service et que le recours pour excès de pouvoir lui est ouvert. C'est parce que ses droits et obligations ne comportent aucune sujétion exorbitante du droit commun que leur contentieux ressortira aux tribunaux de l'ordre judiciaire. Et ces deux caractères se retrouveront à toutes les phases de la vie juridique de l'usager.

que celui-ci soit envisagé dans son droit au service ou dans l'usage même du service, et quel que soit le mode de gestion de ce service, régie ou concession, parce que dans tous les cas il y a à la fois service public et entreprise commerciale avec toutes les conséquences qui en résultent.

Sans doute pourra-t-il paraître paradoxal de parler d'un statut réglementaire de droit privé. Qu'une collectivité administrative passe des contrats de droit commun, il n'y a rien là qui choque l'esprit, le caractère du contrat devant se déterminer par le contenu même de ses clauses. Mais qu'une autorité administrative, édictant unilatéralement les règles qui présideront au fonctionnement d'un service public, puisse faire naître des droits et obligations de droit privé, c'est ce que l'on a peine à comprendre au premier abord : tout ce qui est réglementaire n'est-il pas nécessairement administratif ? Si l'on y veut réfléchir, il n'y a cependant rien là de contraire aux notions généralement admises. Sans doute le règlement est-il, dans tous les cas, un acte administratif, mais cela tient uniquement à la qualité de l'autorité dont il émane. Il est un acte administratif comme un acte du Parlement est un acte législatif, avec toutes les conséquences qui s'y attachent quant à son interprétation et au contrôle éventuel de sa validité. Mais il n'en résulte pas que les droits et obligations qui en naissent ressortissent au droit public : des décrets peuvent réglementer des matières purement privées, s'ils sont pris pour l'application d'une loi civile. Rien ne s'oppose davantage à ce qu'un règlement administratif organisant un service public sur le modèle des entreprises privées, fasse naître à la charge et au profit tant de ce service que des individus qui entreront en rapport avec lui, agents, usagers, fournisseurs, des droits et des obligations ressortissant, par leur nature, par leur contenu même, au droit privé. C'est là d'ailleurs le résultat normal de l'extension croissante de l'activité des collectivités administratives dans des domaines jusqu'alors réservés aux initiatives privées : ces collectivités se substituant à des organisations privées sont naturellement conduites à en adopter les méthodes et, par voie de conséquence, à se soumettre à leur régime juridique. La circonstance que le contrat fait place au règlement comme fondement des droits et obligations auxquels donne naissance le fonctionnement

de tels services ne saurait modifier le caractère de ces droits et obligations qui, ne participant pas du droit public, droit de la prérogative, continuent à ressortir au droit privé.

*
* *

Ces caractères généraux de la situation de l'usager du service public industriel trouvent leur expression dans de nombreuses solutions consacrées par la jurisprudence tant administrative que judiciaire. Mais nous avons rencontré, dans les pages qui précèdent, de non moins nombreuses décisions du Conseil d'Etat et des tribunaux judiciaires qui font application de principes différents, voire même en complète opposition avec ceux que nous avons dégagés. Tous les systèmes, toutes les constructions théoriques, en ce domaine, peuvent trouver, et ont en fait trouvé un appui dans la jurisprudence. Qu'est-ce à dire sinon que les solutions consacrées par les tribunaux ont toujours été des solutions d'espèces, ou tout au moins des solutions limitées à un aspect particulier du statut de l'usager, sans qu'elles puissent se rattacher à un système général, à une construction d'ensemble de ce statut que ni le Conseil d'Etat, ni la Cour de cassation n'ont encore édifiée ? Le juge, dans chaque cas, doit fournir une solution, et comme il s'agit d'une matière neuve, d'une matière non encore « construite », il lui arrivera de fonder sa décision sur des principes dont l'exactitude n'aura pas toujours été éprouvée, et surtout dont on n'aura pas toujours vérifié l'accord avec les principes ayant servi de base à d'autres solutions.

Mais si les éléments fournis par la jurisprudence peuvent justifier bien des formules différentes dans la définition de la situation de l'usager, pourquoi nous sommes-nous arrêté aux propositions plus haut énoncées, pourquoi avons-nous considéré ces propositions comme plus exactes que les autres formules susceptibles d'être envisagées ? A cette question il n'est possible de répondre qu'en tentant de justifier la méthode que nous avons employée. En présence d'une question nouvelle, d'une situation non encore définie par le droit positif, le juriste est dès l'abord tenté de l'intégrer dans les cadres préétablis, de la soumettre aux principes qu'il applique chaque jour ; une telle tendance est particulièrement sensible chez les civilistes, soit dans

la doctrine, soit dans les décisions des tribunaux, naturellement portés à étendre à toutes les situations juridiques les règles codifiées dans lesquelles ils voient sinon la totalité, du moins l'essentiel du droit positif. Mais cette intégration ne va pas toujours sans difficulté : il vient un moment où les principes préétablis ne cadrent plus avec les caractères propres de la situation nouvelle. Plusieurs attitudes sont alors possibles : la première, pour laquelle la doctrine du *xix^e* siècle a montré une prédilection certaine et qui est fréquemment celle des tribunaux, consiste à déformer, au moins mentalement, les données du problème, à y introduire des présomptions et des fictions qui permettent de lui appliquer les règles habituelles du droit ; il est possible, à l'inverse, de s'efforcer d'assouplir ces règles, de modifier leur interprétation pour les adapter aux circonstances nouvelles : l'on peut trouver un exemple remarquable de cette attitude dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la responsabilité du fait des choses inanimées ; une troisième attitude peut enfin être adoptée : c'est, constatant que la situation nouvelle ne peut rentrer dans les cadres préexistants, de construire à son intention des règles juridiques propres, inspirées directement des caractères particuliers de cette situation et des exigences sociales qu'elle comporte ; telle a été la tendance générale de la jurisprudence du Conseil d'Etat dans l'édification des grandes constructions du droit public que sont la théorie du recours pour excès de pouvoir, la théorie de la responsabilité de la puissance publique, la théorie des contrats administratifs. Suivant les cas, l'une ou l'autre de ces méthodes, de ces attitudes pourra être préférée. D'une manière générale, les deux premières seront mieux adaptées au droit privé soumis à des règles codifiées et la troisième au droit public, où l'essentiel du droit positif est l'œuvre de la jurisprudence.

Si dans la construction du statut juridique de l'usager du service public industriel on constate tant de solutions différentes et même contradictoires, cela tient essentiellement à ce qu'on lui a fait application tour à tour de chacune des trois méthodes, et cette diversité des méthodes employées trouve son explication dans le caractère mixte du problème qui chevauche sur le droit public et sur le droit privé. Lorsqu'on arrive à de telles contradictions,

à de telles incohérences dans les solutions proposées, il est indispensable de reprendre la construction juridique à pied d'œuvre, d'examiner une à une les données du problème et de rechercher les solutions les mieux adaptées au but à atteindre, aux exigences de la réalité sociale : les règles de droit ne sont en effet que la traduction, une traduction de cette réalité, traduction permettant d'assortir de sanctions effectives les situations dignes de protection sociale. C'est cet examen, cette recherche, que nous avons essayé de faire à l'égard de la situation de l'utilisateur du service public industriel, et dont le présent volume consigne les résultats.

Voici, en quelques mots, comment, par cette méthode, nous avons été conduit aux solutions proposées. L'examen des faits nous montre, au point de départ, un besoin d'ordre collectif, dont la satisfaction a pris un caractère de nécessité suffisant à entraîner l'intervention de la collectivité administrative, besoin qui présente la particularité de se résoudre en une somme de besoins individuels auxquels en fait il s'agira donc de pourvoir. La collectivité va donc, usant de son pouvoir créateur du droit, édifier une organisation, poser des règles, dispositions législatives ou réglementaires, qui se présentent à nous comme des données : ces règles fixent les conditions dans lesquelles l'organisation nouvelle accomplira sa mission, c'est-à-dire pourvoira aux besoins individuels dont la satisfaction est sa fin même; et elles manifestent l'intention de la collectivité de placer le bénéficiaire du service, l'utilisateur, dans une situation analogue à celle du client d'une entreprise privée. Tout cela, c'est du droit positif, du droit écrit, et c'est sur la base de ces données qu'il faut construire le statut juridique de l'utilisateur. Quelle que soit en effet la précision des règlements ainsi édictés, ils laissent une large place à la construction. Si, partant de la considération que l'entreprise a été organisée suivant une formule industrielle et commerciale, l'on s'attache surtout à l'intention de l'administration de placer les rapports du service et de l'utilisateur sur le plan du droit privé, l'on sera naturellement amené à essayer de faire entrer ces rapports dans les cadres habituels des relations commerciales, de leur trouver un fondement contractuel et l'on parlera de contrats de transports, de contrats d'abonnement à l'eau,

au gaz, à l'électricité. Mais, d'une part, une analyse objective des relations qui s'établissent entre l'utilisateur et le service ne permet pas d'y trouver les éléments où l'on voit en général le critérium du contrat; d'autre part l'application des principes généraux du droit des contrats, reposant sur la stabilité et l'inviolabilité du lien contractuel, se heurte au caractère propre de l'entreprise considérée qui, malgré son aspect commercial, doit pourvoir à tout moment à la satisfaction nécessaire d'un besoin collectif et doit donc s'adapter constamment aux variations de ce besoin et du milieu. Si donc l'on ne veut forcer ni les règles du droit des contrats ni les données de la réalité sociale, il est bien nécessaire de construire le statut de l'utilisateur suivant une formule différente. L'on peut songer alors à le faire entrer dans d'autres cadres préexistants, quoique moins nettement définis que ceux du droit privé, à lui appliquer les règles générales d'organisation des services publics, soumis à un statut purement légal et réglementaire et relevant exclusivement du droit public : mais cette formule, elle non plus, ne tient pas compte de toutes les données du problème, elle néglige le mode particulier d'organisation adopté pour le service considéré, le contenu des règlements de ce service, dans lesquels l'administration manifeste son intention de se dépouiller de ses prérogatives, d'organiser les relations du service et de l'utilisateur sur le plan du droit privé. Le statut de l'utilisateur du service public industriel ne peut donc entrer ni dans les cadres traditionnels du droit privé, ni dans ceux du droit public : force est donc de construire ce statut en dehors de ces cadres tout en le faisant participer des uns et des autres. Ce statut, lié à la nécessité d'une constante adaptation aux variations des besoins et du milieu social, ne pourra être qu'un statut légal et réglementaire. Mais les droits et obligations qui en forment le contenu, ne comportant aucun élément de cette prérogative qui est le caractère distinctif des situations de droit public, ressortiront au droit privé.

Telles sont les conclusions auxquelles nous avons été amené et où nous avons cru trouver l'expression de la vérité juridique : mais cette vérité juridique, qui n'est, comme telle, qu'une vérité technique, qu'un instrument bien adapté à ce que l'on en attend, n'en exprime pas moins, en raison même des racines qu'elle prend dans la réalité, la tendance

générale des idées, à un moment donné, sur une question donnée. Si nous envisageons sous cet angle la formule suivant laquelle nous a paru se construire le situation juridique de l'usager du service public industriel, nous ne pouvons manquer d'y voir un aspect nouveau des limites apportées à la toute-puissance de l'Etat, un moyen plus perfectionné de contraindre les activités publiques à se conformer à leurs fins : les procédés du droit privé permettent, en effet, aux bénéficiaires du service public industriel et commercial, aux usagers, en vue desquels ce service a été organisé, d'obtenir plus directement et plus efficacement que les procédés du droit public le fonctionnement du service conformément à sa fin. C'est là, si l'on veut, l'aspect juridique de la réaction des individus et de la société en face de l'extension croissante des activités publiques, réaction qui tend à chercher dans le but de ces activités le principe de limites d'autant plus étroites que le domaine où elles s'exercent est plus proche du commerce privé.

Vu, le Doyen,
BERTHELEMY

Vu, le Président de la Thèse,
A. MESTRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- ALIBERT. — *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*.
— Notes au *Recueil Sirey*.
- APPLETON. — *Traité élémentaire du contentieux administratif*.
— Notes au *Dalloz*.
- AULAGNON. — « De la situation juridique des usagers titulaires de polices d'abonnement à l'égard des compagnies concessionnaires d'un service public » in *Revue trimestrielle du droit civil*, 1927.
- BERTHELEMY. — *Traité élémentaire de droit administratif*.
- BLONDEAU. — *La concession de service public*, thèse, 1930.
- BONNARD. — *Précis élémentaire de droit administratif*.
— « Les droits publics subjectifs des administrés », in *Revue du droit public*, 1932.
- BONNET. — « Le contrat de fourniture d'électricité », in *La France judiciaire*, 1909.
- BOUGAULT. — *Cahiers des charges des distributions d'énergie*.
- BOURCART. — Notes au *Recueil Sirey*.
- CAPITANT. — *De la cause dans les obligations*.
- CHASSAIGNE. — Notes au *Recueil Sirey*.
- CHAVEGRIN. — Notes au *Recueil Sirey*.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*.
- DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE. — *De l'effet à l'égard des tiers des augmentations de tarifs dans les concessions de gaz et d'électricité*, thèse, 1926.
- DELVOLVÉ. — Notes au *Recueil Sirey*.
- DEMOGUE. — *Traité des obligations en général*.
— *Les notions fondamentales du droit privé*.
— Notes au *Recueil Sirey*.
- DEREUX. — *De l'interprétation des actes juridiques*, thèse, 1905.
— *De la nature juridique des tarifs de chemin de fer*, thèse, 1906.
— « Etude de l'adage : « Nul n'est censé ignorer la loi », in *Revue trimestrielle du droit civil*, 1907.

- DÈREUX. — « Les contrats d'adhésion », in *Revue trimestrielle du droit civil*, 1910.
- DEVAUX. — Notes au *Dalloz*.
- DUBOIS-RICHARD. — *L'organisation technique de l'Etat*.
- DUEZ. — *La responsabilité de la puissance publique*.
- DUGUIT. — *Traité de droit constitutionnel*.
 — *Les transformations générales du droit privé depuis la Code Napoléon*.
 — *Les transformations du droit public*.
 — « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », in *Revue du droit public*, 1907.
 — « De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public », in *Mélanges Hauriou*.
 — Notes au *Recueil Sirey*.
- ESMEIN (P.) (PLANIOL, RIPERT et). — *Les obligations*.
 — Notes au *Recueil Sirey*.
- FERRON. — Notes au *Recueil Sirey*.
- FORTIER. — *Des pouvoirs des juges en matière de contrats d'adhésion*, thèse, 1909.
- GAUDEMET. — Notes au *Recueil Sirey*.
- GAUDUCHEAU. — *Le concessionnaire de service public et l'autorité concédante*, thèse, 1912.
- GENY. — *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français*.
 — *Science et technique en droit privé positif*.
- GOMBEAUX. — *La condition juridique de l'Etat commerçant et industriel*, thèse, 1904.
- GUILLAUMOT et JOUANNY. — *Traité pratique des chemins de fer*.
- HAURIOU. — *Précis de droit administratif et de droit public*.
 — Notes au *Recueil Sirey*.
- HENRION DE PANSEY. — *Du pouvoir municipal*.
- JEZE. — *Principes généraux du droit administratif*.
 — *Cours de science des finances et de législation financière*.
 — « Théorie générale des contrats de l'administration : de l'exécution des contrats administratifs », in *Revue du droit public*, 1931 et 1932.
 — Notes de jurisprudence dans la *Revue du droit public*.
- JOSSERAND. — *Traité des transports*.
- LABBÉ. — Notes au *Recueil Sirey*.
- LAFERRIÈRE. — *Traité de la juridiction administrative*.
- LAMBERT (Ed.). — *De la stipulation pour autrui*, thèse, 1893.

- « Economie et droit des entreprises de services publics », introduction au *Développement et réglementation de l'industrie électrique aux Etats-Unis*, par François Trévoux.
- L'HUILLIER. — *Législation des istdributionds 'énergie électrique*.
— Notes au *Recueil Sirey*.
- LYON-CAEN. — Notes au *Recueil Sirey*.
- MANHEIM. — *Etude sur la gestion comparée des entreprises publiques et des entreprises privées*, thèse, 1930.
- MAYER (Otto). — *Traité de droit administratif allemand* (trad. Boucard et Jèze).
- MESTRE. — « Recherches sur l'exception d'illégalité », in *Mélanges Hauriou*.
— Notes au *Recueil Sirey*.
- MICHOUD et TROTABAS. — *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*.
- MOREAU. — *Le règlement administratif*.
- NAQUET. — Notes au *Recueil Sirey*.
- PICARD. — *Traité des eaux*.
- PICARD (M.), (PLANIOL, RIPERT et). — *Les biens*.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*.
- REDEUILH. — *Nature juridique de la concession de service public*, thèse, 1925.
- RICARD. — *Droit et jurisprudence en matière de Postes, Télégraphes et Téléphones*.
- RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles*.
- ROLLAND. — *Précis de droit administratif*.
— Notes au *Dalloz*.
- ROUSSEAU. — Notes au *Recueil Sirey*.
- SAINCTELETTE. — « Des contrats d'utilité publique », in *Revue de droit international et de législation comparée*, 1888.
- SALEILLES. — *La déclaration de volonté*.
- SCHATZ. — *L'entreprise gouvernementale et son administration*.
- TEISSIER. — *La responsabilité de la puissance publique*.
- THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de droit commercial*.
- TROTABAS. — *Précis de législation financière*.
— Notes au *Dalloz*.
- VASSEUR. — *Chemins de fer d'intérêt local, tramways, services publics automobiles*.
- WALINE. — Notes au *Dalloz*.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

Introduction	1
I. La notion de service public industriel ou commercial.....	3
§ 1. <i>Le service public</i>	3
§ 2. <i>Le service public industriel ou commercial</i>	9
II. La notion d'usager du service public industriel ou commercial. .	14

TITRE PRELIMINAIRE

DES TEXTES ET ACTES REGISSANT L'ORGANISATION ET LE FONCTIONNEMENT DU SERVICE PUBLIC INDUSTRIEL OU COMMERCIAL

Section I. — Caractères juridiques des textes régissant la situation de l'usager du service public industriel ou commercial.....	18
§ 1. <i>Service public industriel exploité en régie</i>	19
§ 2. <i>Service public industriel concédé</i>	20
A. Le cahier des charges.....	20
B. L'acte de concession.....	23
C. Les mesures d'application de l'acte de concession. Les tarifs.....	31
Section II. — Conséquences de la nature juridique des actes organisant le service public industriel sur le caractère de la redevance prévue par ces actes.....	34

TITRE PREMIER

LE DROIT AU SERVICE

Généralités	41
CHAPITRE PREMIER. — LE CONTROLE DES USAGERS ÉVENTUELS SUR L'ORGANISATION DU SERVICE PUBLIC INDUSTRIEL	44
Section I. — Portée du contrôle.....	44
§ 1. <i>La violation des textes</i>	45
A. Textes généraux.....	45
B. La hiérarchie des textes régissant les services publics industriels des collectivités locales.....	47
C. Textes spéciaux à un service industriel : règlement de la régie, cahier des charges de la concession.....	49
§ 2. <i>La violation de principes généraux s'imposant même en l'absence de textes</i>	51
A. Un service public industriel ne doit pas être organisé dans le but de réaliser des bénéfices.....	52
B. L'égalité devant le service public.....	55

Section II. — Moyens de contrôle.....	59
§ 1. <i>Les recours administratifs.....</i>	60
§ 2. <i>Le recours pour excès de pouvoir.....</i>	62
A. <i>Qualité pour former un recours pour excès de pouvoir</i>	63
1. L'usager	63
2. Le groupement d'usagers.....	65
B. <i>Actes susceptibles d'être attaqués par la voie du re-</i> <i>cours pour excès de pouvoir.....</i>	68
1. Actes législatifs	69
2. Actes administratifs unilatéraux.....	69
3. Actes contractuels	70
4. Tarifs	75
C. <i>Pouvoirs du Conseil d'Etat saisi d'un recours pour</i> <i>excès de pouvoir fondé sur la violation du cahier des</i> <i>charges d'une concession.....</i>	77
 CHAPITRE II. — LE DROIT AUX PRESTATIONS DU SERVICE...	81
Section I. — Nature du droit aux prestations du service.....	81
Section II. — Des recours garantissant le droit de l'usager au ser- vice.....	88
§ 1. <i>Le recours pour excès de pouvoir.....</i>	89
A. <i>Qualité pour former le recours pour excès de pouvoir</i> <i>contre des actes refusant le bénéfice du service.....</i>	90
1. L'usager	90
2. Le groupement d'usagers.....	91
B. <i>Actes susceptibles d'être attaqués par la voie du re-</i> <i>cours pour excès de pouvoir.....</i>	95
1. <i>Décisions de l'autorité administrative dont relève</i> <i>le service.....</i>	95
2. <i>Décisions de l'autorité de tutelle.....</i>	99
§ 2. <i>L'action en exécution.....</i>	103
A. <i>Exercice des actions de la commune par le contri-</i> <i>buable.....</i>	104
1. <i>Conditions d'exercice de l'action du contribuable</i>	104
2. <i>Portée de l'action du contribuable.....</i>	107
B. <i>Action de l'usager devant le juge du contrat de con-</i> <i>cession</i>	111
C. <i>Action de l'usager en exécution d'une obligation lé-</i> <i>gale</i>	116
<i>De la coexistence de l'action devant le juge du contrat de</i> <i>concession, de l'action devant l'autorité judiciaire et du</i> <i>recours pour excès de pouvoir.....</i>	119
1. <i>De la coexistence de l'action devant le juge du</i> <i>contrat de concession et de l'action devant l'au-</i> <i>torité judiciaire</i>	120
2. <i>De la coexistence de l'action devant le juge du</i> <i>contrat de concession ou devant l'autorité judi-</i> <i>ciaire et du recours pour excès de pouvoir.....</i>	120
§ 3. <i>L'action en indemnité</i>	122
A. <i>Responsabilité du concessionnaire ou de la régie</i> <i>pour refus de contracter.....</i>	123
B. <i>Responsabilité personnelle d'un agent.....</i>	128
C. <i>Responsabilité de la collectivité administrative...</i>	129
<i>Des recours ouverts aux groupements d'usagers (renvoi) ..</i>	131

TITRE II

L'USAGE DU SERVICE

Généralités	133
CHAPITRE PREMIER. — DU « CONTRAT » ENTRE L'USAGER ET LE SERVICE PUBLIC INDUSTRIEL.....	135
Section I. — Nature juridique du « contrat » entre l'usager et le service public industriel	136
§ 1. <i>Analyse contractuelle des rapports entre l'usager et le service</i>	<i>136</i>
§ 2. <i>Analyse excluant tout lien contractuel entre l'usager et le service</i>	<i>140</i>
§ 3. <i>Analyse proposée des rapports entre l'usager et le service</i>	<i>144</i>
Section II. — Droits et obligations de l'usager du service public industriel	149
§ 1. <i>Droits et obligations nés de dispositions réglementaires... ..</i>	<i>149</i>
A. <i>A quel moment naissent ces droits et obligations ?</i>	<i>149</i>
B. <i>Contenu et caractères de ces droits et obligations... ..</i>	<i>151</i>
§ 2. <i>Droits et obligations nés de stipulations contractuelles... ..</i>	<i>155</i>
A. <i>Des clauses susceptibles d'être introduites dans un accord entre l'usager et le concessionnaire.....</i>	<i>157</i>
1. <i>La police</i>	<i>157</i>
2. <i>Le traité particulier.....</i>	<i>159</i>
B. <i>De la violation du cahier des charges par une police ou un traité particulier et de sa sanction.....</i>	<i>161</i>
CHAPITRE II. — DE L'INFLUENCE SUR LA SITUATION DE L'USAGER DES MODIFICATIONS APPORTÉES AUX RÈGLEMENTS ET CAHIERS DES CHARGES.....	166
§ 1. <i>Polices se référant explicitement ou implicitement à l'ensemble des dispositions du règlement ou du cahier des charges... ..</i>	<i>169</i>
A. <i>Première hypothèse : la police est un acte purement contractuel</i>	<i>170</i>
1. <i>Interprétation de la volonté des parties.....</i>	<i>170</i>
2. <i>Caractère réglementaire des dispositions régissant l'organisation du service.....</i>	<i>172</i>
3. <i>La force majeure</i>	<i>173</i>
B. <i>Deuxième hypothèse : la police n'est pas un acte purement ni même principalement contractuel.....</i>	<i>176</i>
§ 2. <i>Traités particuliers.....</i>	<i>178</i>
A. <i>Traités totalement indépendants du cahier des charges</i>	<i>179</i>
B. <i>Traités sous la dépendance du cahier des charges... ..</i>	<i>180</i>
CHAPITRE III. — LE CONTENTIEUX DE L'USAGE DU SERVICE	183
Section I. — Des actions ouvertes à l'usager contre la régie ou le concessionnaire et réciproquement.....	184
§ 1. <i>Caractères et fondement des actions ouvertes à l'usager... ..</i>	<i>184</i>
§ 2. <i>De la juridiction compétente pour connaître des rapports entre l'usager et le service public industriel.....</i>	<i>188</i>
A. <i>Les litiges entre l'usager et l'exploitant du service relèvent de l'autorité judiciaire.....</i>	<i>188</i>

1. Compétence judiciaire justifiée par le caractère juridique de la redevance	189
2. Compétence judiciaire justifiée par l'existence entre l'exploitant du service et l'usager d'un contrat de droit privé	191
3. Compétence judiciaire justifiée par la nature des droits et obligations réciproques de l'usager et de l'exploitant du service.	193
B. Les litiges entre l'usager et l'exploitant du service relèvent des juridictions commerciales.....	195
1. Le service public industriel et commercial accomplit-il des actes de commerce ?.....	196
2. L'exploitant du service public industriel et commercial est-il un commerçant	197
§ 3. <i>De l'appréciation par les tribunaux judiciaires du sens et de la validité des règlements et cahiers des charges régissant le service public industriel</i>	200
A. De l'interprétation des règlements et cahiers des charges par l'autorité judiciaire.....	200
B. Du contrôle par l'autorité judiciaire de la légalité des règlements et cahiers des charges et des actes pris pour leur application	203
Section II. — Du recours pour excès de pouvoir	209
Section III. — Des recours ouverts aux groupements d'usagers. . . .	212
Conclusion	221
Bibliographie	229

BORDEAUX. — IMPRIMERIE J. BIERE, 18-20-22, rue du Peugue. — 1933.
